



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in Diritto Romano e Diritto Pubblico Interno e
Sovranazionale – Processo di Integrazione Europea e Diritto Internazionale
Dipartimento di Scienze Giuridiche

IUS/14

*Nuovi equilibri nella tensione tra primato del diritto europeo e tutela
dei diritti fondamentali.*

Criticità e spunti nella giurisprudenza della Corte di giustizia

IL DOTTORE

Dott.ssa Marcella Tropa

IL COORDINATORE

Prof. Antonello Tancredi

IL TUTOR

Prof.ssa Maria Cristina Cavallaro

CICLO XXVI

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

INDICE

Introduzione	p. 4
---------------------------	------

Capitolo I

I termini del conflitto tra affermazione del primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali

Scopo del capitolo.....	p. 11
1. Origini, ragioni e fattori del conflitto.....	p. 13
1.1 Il primato del diritto europeo: definizioni, origine e funzione di un principio.....	p. 13
1.2 La tutela dei diritti fondamentali e lo scontro tra sistemi.....	p. 30
2 Le tradizionali reazioni delle Corti nazionali e l'approccio pluralista quale chiave di volta del conflitto.....	p. 43
2.1 Il pluralismo costituzionale e il dialogo tra le Corti.....	p. 54

Capitolo II

Sulla possibilità di applicare il diritto europeo piuttosto che i più alti livelli di tutela nazionali dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona. Il dato positivo contenuto nella Carta di Nizza.

Scopo del capitolo.....	p. 69
1 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.....	p. 71
2 L'art. 53 della Carta e la minaccia al diritto del primato.....	p. 78
2.2 La risposta della Corte: la sentenza Melloni.....	p. 89
3 L'ambito di applicazione della Carta.....	p. 105

4. Brevi riflessioni sulla natura della Corte di giustizia a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.....	p. 121
5. Il parere 2/13 della Corte sul progetto di adesione alla CEDU: l'autonomia e il primato del diritto europeo come argine agli attacchi esterni.....	p. 127

Capitolo III

Possibili criteri di composizione del conflitto

Scopo del capitolo.....	p. 135
1 Alla ricerca di un punto di equilibrio.....	p. 136
2 La discrezionalità lasciata agli Stati membri e il margine di apprezzamento.....	p. 139
2.1. Definizione del margine di apprezzamento e condizioni che ne permettono l'utilizzo.....	p. 140
2.2 Il rispetto degli obiettivi europei e il test di proporzionalità quali contrappesi alla discrezionalità statale.....	p. 156
2.3 Margine di apprezzamento e principio di attribuzione.....	p. 164
3 Il principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali.....	p. 166
3.1 La positivizzazione del principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali nei Trattati e le decisioni della Corte di giustizia più significative in materia.....	p. 166
3.2 L'impatto in concreto dell'art. 4.2 TUE sulle modalità operative della Corte e i margini di miglioramento possibili.....	p. 178
3.3 Le modalità e le condizioni per dare concreta applicazione al principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali.....	p. 189

Conclusioni	p. 197
Bibliografia	p. 207

Introduzione

Quale posto occupano i diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento sovranazionale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona? È possibile negare l'applicazione di uno standard di tutela dei diritti fondamentali garantito da una Costituzione nazionale e più elevato rispetto a quello riconosciuto a livello europeo in nome della effettività, della unità e, in definitiva, del primato del diritto sovranazionale? Le Corti costituzionali nazionali possono ancora arroccarsi e isolarsi dietro le loro Carte costituzionali o è più conveniente che si mettano in gioco partecipando al dialogo tra le Corti? E, ancora, sono immaginabili degli strumenti capaci di gestire i conflitti che si creano tra ordinamento nazionale e sovranazionale quando a scontrarsi sono il diritto europeo e i diritti fondamentali nazionali?

Sono questi i quesiti che hanno dato l'avvio al presente studio.

Il percorso svolto prende le mosse dalla considerazione che le trasformazioni che hanno interessato l'ordinamento sovranazionale negli ultimi decenni hanno ampliato incredibilmente gli ambiti di intervento dell'Unione europea, i cui obiettivi sono andati ben oltre la mera eliminazione delle barriere protezionistiche e l'adozione di politiche comuni in ambiti molto ristretti -attinenti per lo più ad alcuni settori economici e commerciali finalizzati a creare un mercato comune-, abbracciando oggi anche materie particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti fondamentali come, ad esempio, il mandato di arresto europeo o l'immigrazione (a riprova di quanto detto si consideri che solo nel 2014 ben tre Corti costituzionali si sono rivolte alla Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale ponendo quesiti relativi al mandato d'arresto europeo).

L'attuale assetto dell'Unione è dunque caratterizzato da una sempre maggiore integrazione tra gli Stati, la quale -sia per i suoi profili quantitativi che qualitativi- fa presagire il sorgere di sempre più frequenti conflitti tra esigenze di attuazione del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali.

Quali regole seguire, dunque, nelle ipotesi in cui si verificano conflitti di questo tipo?

La risposta non è scontata in quanto il sistema sovranazionale è caratterizzato dalla presenza di una pluralità di centri di potere e di una competizione di sovranità (si parlerà in questo senso di pluralismo costituzionale) che scardinano il tipico sistema degli stati nazionali gerarchicamente ordinato e governato dalla piramide kelseniana, manca, infatti, nel caso europeo una *Grundnorm* (o meglio ve n'è più d'una) da cui discenda la regola risolutiva.

Le due risposte tradizionali sono state rappresentate dal principio del primato assoluto (da parte della Corte di giustizia) e dalla teoria dei controlimiti (da parte delle Corti costituzionali nazionali). In realtà, a parere di chi scrive, nessuna delle due soluzioni può essere oggi accettata. Non il principio del primato perché ignora un fattore ormai non più ignorabile come il rispetto delle identità costituzionali nazionali degli Stati membri, non la teoria dei controlimiti sia perché il sistema di tutela dei diritti fondamentali è certamente cresciuto e maturato rispetto a quanto accadeva negli anni in cui questa dottrina veniva sviluppata (il sistema ha poi raggiunto il suo apice con la comunitarizzazione della Carta di Nizza), sia perché consentirebbe una “*integrazione à la carte*” come efficacemente definita da alcuni commentatori, che permetterebbe alle Corti di sottrarsi agli obblighi imposti dall'integrazione ogni qual volta non fosse d'accordo con la visione europea dei diritti fondamentali, sia, infine, perché contrastante con il dato positivo contenuto nel

diritto europeo –e in particolare nell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea- cui il nostro Paese ha aderito.

Ma chi deve governare il pluralismo, allora, e con quali strumenti posto che non è pensabile rinunciare né alla appartenenza all’Unione che impone il rispetto delle sue regole -in primis quella della *primauté* che garantisce l’effettività del diritto europeo- né tanto meno alla tutela dei diritti fondamentali?

Per cercare una possibile risposta al quesito in questo lavoro si propone un approccio in linea con la lettura pluralista del sistema sovranazionale -oggi sempre più consolidata- volto a ricercare un nuovo punto di equilibrio tra le istanze di uniformità sovranazionale e quelle di massima tutela dei diritti fondamentali attraverso un percorso che si snodi tutto all’interno del sistema sovranazionale.

Si noti che ricercare una soluzione tutta interna al piano sovranazionale non significa far prevalere necessariamente o esclusivamente l’unità dell’ordinamento europeo a discapito della diversità dei valori costituzionali, significa piuttosto indossare gli occhiali del giurista europeo mettendo da parte per un attimo quelli del giurista nazionale.

A tal fine si sono tenuti in considerazione sia il sistema dei rapporti tra le Corti, sia il sistema delle fonti.

Quanto al primo aspetto, ruolo predominante è stato riconosciuto al c.d. “dialogo tra le Corti” e tuttavia, rispetto alla rappresentazione solita che ne viene fornita, qui si ritiene che un decisore finale debba essere individuato e tale decisore non può che essere la Corte di giustizia in ragione del compito di assicurare l’uniforme applicazione del diritto sovranazionale in tutti gli Stati che i Trattati le assegnano, chiaramente le sue decisioni dovranno essere prese alla luce delle risultanze dell’intervenuto confronto con le Corti (costituzionali) degli Stati membri.

Il tanto osannato dialogo, però, di per sé non è altro che un metodo, una modalità operativa, che implica la condivisione e il confronto tra i diversi organi giudiziari che compongono il *network* disegnato dai Trattati e tuttavia non ci dice a cosa debba portare, per questo qui si cerca di fare un passo avanti e di individuare quali meccanismi, proprio attraverso il dialogo, debbano essere usati per comporre i conflitti sorti.

Muovendosi sul terreno delle fonti, rispetto al quale nell'attuale sistema multilivello hanno piena efficacia i concetti di pluralismo e di pari ordinazione delle norme appartenenti ai diversi piani, sono stati individuati quali strumenti utili ai nostri fini la dottrina del margine di apprezzamento e l'obbligo del rispetto delle identità nazionali.

Si ritiene, infatti, che questi due meccanismi, se ben utilizzati, possano costituire due importanti valvole di sfogo per accordare le due esigenze in conflitto della uniformità e della unità dell'Unione, da un lato, e della diversità dei valori costituzionali propria di ciascuno Stato membro, dall'altra; si tratta di una sfida complessa che però rappresenta l'anima dell'Unione e che non può non essere raccolta.

Il lavoro svolto si compone di tre capitoli. Il primo ha funzione prevalentemente introduttiva, esso inquadra le ragioni e l'evoluzione del conflitto tra primato e tutela dei diritti, le ricostruzioni tradizionalmente proposte e, infine, dà conto delle ragioni dell'approccio pluralista che si intende seguire.

Il secondo capitolo è dedicato all'analisi delle norme che giocano un ruolo nella regolazione dei rapporti tra primato e tutela dei diritti fondamentali. In particolare viene esaminato l'impatto della Carta di Nizza sulla tematica in esame, cioè si valuta se e quanto la tutela dei diritti abbia favorevolmente risentito della comunitarizzazione della Carta e quali conseguenze abbia avuto in particolare il suo

art. 53 sul principio del primato; nel capitolo si analizza anche l'art. 51 della Carta che costituisce il completamento necessario dell'art. 53. L'esame delle norme verrà condotto anche alla luce di due importanti e recenti decisioni della Corte di giustizia quali le sentenze *Melloni* e *Akerberg Fransson*.

Il terzo capitolo, infine, è tutto dedicato all'esposizione dei due strumenti interpretativi volti a individuare un nuovo equilibrio tra primato e tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, *id est* la dottrina del margine di apprezzamento e l'obbligo del rispetto delle identità nazionali. Presupposto per la loro applicazione è che ci si trovi all'interno del sistema europeo di tutela dei diritti in base alle regole fissate dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, altrimenti non sussisterebbe alcun dubbio circa l'applicazione pura e semplice dei parametri nazionali.

Quanto al primo meccanismo individuato, si tratta dell'applicazione in ambito eurounitario della dottrina del margine già sviluppata dalla Corte di Strasburgo; come si vedrà, in ambito sovranazionale essa è strettamente legata al maggiore o minore grado di discrezionalità lasciato agli Stati membri dal legislatore sovranazionale nell'attuazione del diritto europeo. Le riflessioni sul punto prenderanno le mosse a partire dalle decisioni della Corte di giustizia nelle quali si è fatto uso del margine, da qui se ne individueranno i requisiti di applicazione e i contrappesi usati dalla Corte ogni qual volta viene riconosciuto agli Stati un margine di manovra.

Con riferimento al principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali, anche in questo caso si partirà da una breve rassegna di casi giurisprudenziali nei quali la Corte di giustizia ha fatto riferimento -più o meno esplicitamente- alla tematica, si esaminerà come il principio, ora cristallizzato nell'art. 4.2 TUE, sia stato utilizzato dai giudici di Lussemburgo e quali potenzialità esso possa ancora offrire.

Un'ultima riflessione sia consentita prima di passare alla trattazione degli argomenti sopra indicati.

Mai come in questo periodo l'Unione è chiamata a interrogarsi sulla propria natura e funzione e in questa riflessione decisivo sarà il contributo dato dai giudici che, a ogni livello, partecipano al processo attuativo del diritto europeo. La crisi che ha investito l'Unione negli ultimi anni è sì una crisi economica ma ancor prima è una crisi politica e sociale originata dalla diffusa sfiducia che i cittadini hanno nei confronti dei centri di potere e dunque delle istituzioni; in questo clima incerto, uno dei pochi baluardi che ancora resiste è rappresentato dalle Corti costituzionali nazionali le quali non hanno mai tradito le aspettative dei cittadini dimostrando nel tempo di essere le vere garanti dei diritti fondamentali riconosciuti nelle loro Carte costituzionali.

Proprio alla luce di questo esempio, pur nella consapevolezza che non si tratta di una Corte dei diritti, si ritiene che anche la Corte di giustizia dovrebbe essere più attenta alla propria legittimazione sociale aprendosi ad un dialogo effettivo con i giudici nazionali e giungendo a soluzioni di compromesso in tutte le ipotesi di conflitti tra diritto europeo e diritti costituzionalmente tutelati; ciò contribuirebbe, a parere di chi scrive, a ridare fiducia ai cittadini nel progetto europeo.

Non è, d'altro canto, facile immaginare che un intervento risolutivo capace di contrastare il disincanto dei cittadini nei confronti dell'Unione venga dagli organi politici dell'Unione. Gli interventi successivi al Trattato di Maastricht non furono capaci di affrontare in modo soddisfacente i punti critici più importanti del sistema eurounitario (in particolare il deficit di legittimazione delle sue istituzioni, l'ondivaga protezione dei diritti fondamentali, la non chiara divisione di competenze tra Unione

e Stati), ancor meno rassicuranti sono poi le prese di posizione assunte di recente con riferimento alla tematica dell'immigrazione; è dunque difficile credere che una maggior legittimazione agli occhi dei cittadini europei possa venire da questo fronte. A parere di chi scrive, se vogliamo che il progetto europeo abbia un futuro occorre ripartire proprio dal rafforzamento dei diritti fondamentali e dai meccanismi (giudiziali) di tutela a tal fine concepiti.

Capitolo I

I termini del conflitto tra affermazione del primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali

Sommario: Scopo del capitolo. 1. Origini, ragioni e fattori del conflitto. 1.1 Il primato del diritto europeo: definizioni, origine e funzione di un principio. 1.2 La tutela dei diritti fondamentali e lo scontro tra sistemi. 2. Le tradizionali reazioni delle Corti nazionali e l'approccio pluralista quale chiave di volta del conflitto. 2.1 Il pluralismo costituzionale e il dialogo tra le Corti.

Scopo del capitolo

Il presente capitolo intende fornire un quadro generale del conflitto -alla base del presente lavoro- tra primato del diritto europeo, quale strumento principale per dare uniformità ed effettività al sistema sovranazionale, e tutela dei diritti fondamentali, quale presupposto irrinunciabile delle moderne democrazie; a tal fine si delineeranno i tratti essenziali di questi due fattori e le ragioni che si trovano alla base dello scontro che li vede protagonisti.

Successivamente, si darà conto della teoria dei controlimiti quale rimedio da sempre proposto da alcune delle Corti costituzionali nazionali in queste ipotesi, se ne evidenzieranno i limiti alla luce dell'attuale panorama costituzionale europeo e si

indicherà quale sia il tipo di approccio che si ritiene debba oggi utilizzarsi per individuare un punto di equilibrio nella tensione.

Premessa terminologica

Nel ripercorrere le tappe della giurisprudenza della Corte di giustizia e, più in generale, della evoluzione del sistema sovranazionale si userà l'espressione "*diritto comunitario*" ogni volta che si richiameranno decisioni o dottrine precedenti alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ovviamente ciò non significa che si ignora la profonda modifica, anche lessicale, intervenuta nel 2009 grazie a detto Trattato, ma si è preferito dare coerenza storica al lavoro evitando usi anacronistici del termine "Unione".

1. Origini, ragioni e fattori del conflitto.

Il conflitto che si pone alla base di questo studio è frutto della perenne tensione tra uniformità del diritto europeo e pluralismo degli ordinamenti degli Stati membri, il quale da sempre anima il sistema sovranazionale. Esso, dunque, è strettamente connaturato alla peculiare e ibrida natura dell'Unione europea. La questione è resa ancor più complessa dal fatto che si tratta di un argomento che incide profondamente sui rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale ed è pertanto sensibile alle istanze di politica del diritto. Occorre infatti considerare che, proprio a causa della sua particolare origine e struttura, l'Unione non è mai del tutto libera e autonoma rispetto a quelli che sono stati significativamente definiti “i Signori dei Trattati”, *id est* gli stessi Stati membri che la compongono. Proprio per questo motivo durante il lavoro occorrerà fare costante rinvio anche alle ragioni politiche delle scelte operate a livello europeo.

1.1 Il primato del diritto europeo: definizioni, origine e funzione di un principio

Il principio del primato del diritto europeo costituisce, insieme a quello dell'effetto diretto, una delle regole fondanti del diritto sovranazionale. Senza il principio del primato probabilmente l'ordinamento europeo non avrebbe mai funzionato e i suoi Trattati sarebbero presto diventati lettera morta; certamente, comunque, l'Unione sarebbe stata molto diversa da come oggi la conosciamo.

Come osservato da attenta dottrina,¹ la “ragion pratica” del principio in esame è molto chiara: senza primato il diritto sovranazionale potrebbe facilmente essere soffocato dal diritto interno e le autorità nazionali sarebbero in condizioni di prescindere da esso. Inoltre, anche a non voler giungere a così gravi conseguenze, in assenza del principio, di certo, l’uniforme applicazione del diritto europeo sarebbe compromessa e un effettivo mercato comune, il quale presuppone proprio una omogeneità degli ordinamenti che ne fanno parte, diventerebbe impossibile da realizzare. Il primato (insieme all’effetto diretto) è quindi un meccanismo strumentale indispensabile per la effettiva implementazione del diritto comunitario e del mercato comune, ecco perché la Corte insiste sul fatto che negare la superiorità del diritto sovranazionale equivarrebbe a negarne la sua stessa esistenza.² La *ratio* ultima del principio risiede, dunque, nel perseguimento dell’*effet utile* del diritto europeo. È questo il motivo per il quale, come vedremo, la Corte di giustizia ha sempre affermato e ribadito con forza il principio, specie nei momenti di maggiore crisi della tenuta del sistema sovranazionale stesso.

Il primato nasce dunque come *conflict rule* volta a indirizzare la funzione interpretativa degli operatori del diritto cui, di fatto, è in gran parte rimessa l’effettiva attuazione del diritto sovranazionale. Il primato interessa, infatti, ogni aspetto dell’ordinamento giuridico dei Paesi membri; interessa il legislatore nazionale che deve adottare provvedimenti normativi compatibili e non in contrasto con il diritto sovranazionale (nell’ordinamento italiano il principio è espressamente contemplato dall’art. 117, co. 1, cost.), riguarda i giudici i quali devono assicurare la prevalenza

¹ M. CLAES, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, (Modern Studies in European Law), Oxford, 2006, p. 179.

² Non mancano in dottrina autori che hanno pienamente condiviso l’approccio della Corte di Lussemburgo, v., ad esempio, E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty- Constitution by Judicial Fiat in the European Economic Community*, Riv. Dir. int., 1965, 3, p. 22.

del diritto europeo su quello interno³ ogni qual volta siano chiamati a dirimere una controversia che coinvolge profili sovranazionali, interessa, infine, l'apparato amministrativo⁴ che è obbligato, da un lato, a dare efficacia al diritto europeo e, dall'altro, a non applicare norme interne confliggenti con quest'ultimo.

Nonostante la vitale importanza del principio, di esso non vi è cenno nei Trattati istitutivi, esso è invece integralmente frutto della elaborazione della Corte di giustizia. Il principio è stato per la prima volta affermato nella sentenza *Costa v. Enel*,⁵ la quale stabilisce che, in caso di conflitto tra norme di diritto dell'Unione e norme nazionali, le prime prevalgono sulle seconde, stante “*l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, [...], un provvedimento unilaterale ulteriore [sia esso precedente o successivo n.d.a.], il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune*”.⁶

La dottrina⁷ distingue tra *substantive supremacy* e *structural supremacy*, nonché tra *ordinary supremacy* e *ultimate supremacy*. Con riferimento al primo binomio, per *substantive supremacy* si intende la prevalenza delle norme di carattere sostanziale del diritto comunitario sulle norme di diritto nazionale, in contrapposizione alla *structural supremacy* che fa, invece, riferimento all'obbligo delle Corti nazionali di disapplicare le regole procedurali del diritto nazionale ove esse impediscano di dare efficacia al diritto europeo.⁸

³ Corte di Giustizia, *Simmenthal*, C-106/77, in Racc. 1978, 629 e Corte di giustizia, *Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, in Racc. 1990, I-2433.

⁴ Corte di giustizia, *Fratelli Costanzo spa*, C-103/88, in Racc. 1989, 1839.

⁵ Corte di giustizia, *Costa*, C-6/64, in Racc., 1964, p. 1135 ss.

⁶ Corte di giustizia, *Costa*, C-6/64, in Racc., 1964, p. 1144.

⁷ M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, cit., p. 100.

⁸ Questo secondo aspetto è stato per la prima volta precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza, *Simmenthal*, in Racc., 1978, p. 629 ss. Nel presente lavoro il principio del primato verrà preso in considerazione unicamente nella sua dimensione sostanziale, profilo al quale in genere ci si riferisce quando si evoca il principio. Si veda per un approfondimento del profilo strutturale M. CLAES, *The National Courts' Mandate*, cit., p. 119 ss, G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, Roma, 2011, p. 245 ss.

Inoltre, sempre in base agli insegnamenti della Corte di giustizia, il diritto sovranazionale prevale sulle norme degli Stati membri sia di rango ordinario sia di rango costituzionale,⁹ in questo senso si usano, rispettivamente, i termini *ordinary supremacy* e *ultimate supremacy*. La distinzione assume una particolare rilevanza per le Corti nazionali in quanto mentre il primo tipo di regola non dà particolari problemi (se non, nei primi tempi di applicazione, in relazione al meccanismo attraverso il quale le Corti interne diverse dalle Corti costituzionali, nei sistemi caratterizzati dal sindacato accentrato delle leggi, potessero sindacare e disapplicare atti parlamentari)¹⁰, il secondo aspetto, invece, è quello che genera tutt'ora maggiori attriti tra la Corte di giustizia e le Corti interne, in particolare quelle costituzionali -le quali da sempre si pongono come baluardo a tutela dei diritti fondamentali- e che ci occuperà prevalentemente nelle pagine che seguono.

Fatte queste brevi premesse, la prima questione che occorre affrontare consiste nell'esaminare le ragioni poste a fondamento del principio del primato e, più in generale, i rapporti intercorrenti tra diritto interno e diritto sovranazionale che esse presuppongono. Si tratta di un esame necessario per poi poter capire l'origine della tensione tra primato ed effettività del diritto europeo da un lato e tutela dei diritti fondamentali dall'altro.

Già prima della sentenza *Costa*, la Corte aveva affrontato il caso *Humblet v Belgio*.¹¹

I giudici lussemburghesi, in quella occasione, furono più cauti di quanto non lo sarebbero stati di lì a pochi anni; essi, infatti, pur ritenendo che emergesse chiaramente dal Trattato istitutivo della CECA che esso avesse forza di legge negli

⁹ La precisazione relativa alle norme di rango costituzionale è stata fatta per la prima volta dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza *Internationale*, vedi meglio il § 1.2.

¹⁰ Per una ricostruzione sistematica della evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che ha portato ad affermare il meccanismo della non applicazione da parte del giudice ordinario della norma interna contrastante con il diritto europeo si veda, ex multis, M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011.

¹¹ Corte di giustizia, *Humblet*, C-6/60, Racc 1960 559 ss.

Stati membri e che, quindi, in caso di misure nazionali normative o amministrative contrarie al diritto comunitario fosse obbligo dello Stato membro porvi rimedio, rimettevano però agli Stati stessi la possibilità di decidere in che modo garantire l'attuazione del diritto comunitario. Con il caso *Costa*, invece, si è registrato un importante cambio di passo, in quanto la Corte ha in quella occasione sostenuto che gli Stati hanno delegato alla comunità il compito di definire anche i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale e, alla luce di questo, ha affermato che il diritto comunitario che nasce dai trattati costituisce una fonte autonoma che non può, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario. A differenza di quanto avvenuto nel caso *Humblot*, in *Costa* la Comunità ha definito da sé quale posizione essa occupa all'interno dei sistemi legali degli Stati membri assicurandosi una supremazia rispetto al diritto interno.¹²

Nel tentativo di giustificare il principio del primato, la Corte di giustizia, nella citata decisione, ha sviluppato fondamentalmente tre argomenti a sostegno della propria decisione.¹³

Il primo è un argomento di carattere strutturale ed è basato sull'autonomia e sulla natura peculiare dell'ordinamento comunitario in contrapposizione ai sistemi internazionali sino ad allora conosciuti.¹⁴ L'ordinamento europeo è, infatti,

¹² Con la successiva sentenza *Simmenthal* la Corte di giustizia specificherà anche, proprio a partire dal principio del primato, il meccanismo attraverso il quale dare preminente attuazione al diritto europeo attraverso la disapplicazione del diritto nazionale e la contemporanea applicazione del diritto sovranazionale contrastante proprio in quanto parte del sistema legale applicabile nei territori di ciascuno Stato membro.

¹³ I. PERNICE, *Costa v. ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, in AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. MADURO, L. AZOULAI, Oxford, 2010, p. 48.

¹⁴ Sentenza *Costa*, cit., p. 1144: “*A differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti a osservare. Infatti, istituendo una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi*

considerato un sistema legale peculiare e di nuovo tipo, basato su un trasferimento di sovranità operato a condizione di reciprocità dagli Stati membri a favore delle istituzioni europee, le quali grazie a questo trasferimento acquistano poteri vincolanti per gli Stati contraenti e per i loro cittadini. Tale forza vincolante dunque, a detta della Corte, non deriva da norme nazionali o decisioni degli Stati membri bensì dai trattati istitutivi delle Comunità e dalla cessione di sovranità che le Alte Parti contraenti, sottoscrivendoli, hanno accettato. Ne deriva un sistema che *ipso iure* costituisce parte integrante del sistema legale degli Stati membri tanto da avere direttamente effetto sulle posizioni giuridiche dei loro cittadini. La peculiarità dei Trattati europei rispetto ai trattati “ordinari” di diritto internazionale viene ribadita anche in altre pronunce della Corte nelle quali si sottolinea sia il trasferimento di poteri da parte degli Stati contraenti, sia la costituzione di diritti e obblighi che trascendono gli Stati e interessano direttamente i loro cittadini.¹⁵

Sul punto si noti che la Corte non nega che la Comunità abbia avuto origine da trattati di natura internazionale, ma mette in evidenza come la cessione di poteri a favore del livello sovranazionale abbia reciso il legame di soggezione con gli ordinamenti che vi hanno dato origine e con le loro Carte costituzionali e Corti supreme e abbia fatto dei trattati istitutivi una fonte indipendente ed autonoma di diritto.

A tal proposito è altresì da considerare che, al di là dell’aspetto prettamente giuridico, in un’ottica politica, detti Trattati, diversamente dagli ordinari trattati di

provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi.”

¹⁵Vedi Corte di giustizia, Parere 1/91: “*Per contro, il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. I Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini. Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme.*”

diritto internazionale, contenevano scopi e obiettivi che andavano oltre quelli espressamente dichiarati, essi infatti nascevano per costituire un mercato comune ma, allo stesso tempo, erano considerati il primo passo verso una più stretta integrazione tra gli Stati membri.¹⁶ Proprio per questa loro valenza ulteriore, essi potevano introdurre un nuovo metodo che dava vita a istituzioni con poteri e competenze proprie, incluso il potere di adottare misure direttamente applicabili all'interno degli Stati membri, nonché la creazione di una Corte di Giustizia che godeva di un canale diretto di comunicazione con le Corti nazionali.

L'originalità dei meccanismi previsti dai Trattati istitutivi e la proiezione dei loro scopi al di là di quanto espressamente detto hanno importanti radici storiche; il rivoluzionario approccio fu proposto da Jean Monnet e Robert Schuman al fine di fondere una porzione di poteri nazionali a un livello sovranazionale attraverso la fondazione di un'autorità europea quale reazione agli orrori della seconda guerra mondiale e al conseguente affievolirsi degli entusiasmi per le tradizionali dottrine che esaltavano la sovranità nazionale.¹⁷ Con detto meccanismo, infatti, si mirava a preservare la pace e a promuovere la prosperità in Europa. Risultava chiara, dunque, la necessità di costituire un nuovo tipo di organizzazione politica che mettesse da parte i nazionalismi e le strutture proprie del sistema di Westfalia, le quali si erano dimostrate fallimentari nel preservare la pace nel vecchio continente.

¹⁶ Si veda a conferma di ciò il Preambolo al Trattato CECA dove l'instaurazione della Comunità economica viene espressamente individuata come il primo passo verso *“una comunità più vasta e più profonda tra popoli per lungo tempo avversi per divisioni sanguinose”* finalizzata a *“porre i fondamenti di istituzioni capaci di indirizzare un destino ormai condiviso”*.

¹⁷ Una simile ispirazione si trova anche alla base del sistema federale statunitense, a tal proposito la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Gregory v. Ashcroft* 501 US 452 (1991) evidenzia che *“Perhaps the principal benefit of the federal system is a check on abuse of government power....Just as the separation and independence of the coordinate Branches of the Federal Government serves to prevent the accumulation of excessive power in any one Branche, a healthy balance of power between the States and the Federal Government will reduce the risk of tyranny and abuse from either front...If their rights are invaded by either, they can make use of the other as the instrument of redress”*.

Il secondo argomento proposto dalla Corte di giustizia è di carattere funzionale e fa leva sulla reciprocità dei rapporti tra Stati membri e sulla necessità di garantire uniformità ed effettività all'applicazione del diritto comunitario evitando discriminazioni vietate dal Trattato.¹⁸

Questo passaggio costituisce certamente uno dei più importanti della decisione in esame ed infatti, da un lato, mette in luce come alla base della validità delle norme dei trattati e del loro effettivo riconoscimento vi sia la volontarietà dell'adesione al sistema sovranazionale da parte degli Stati contraenti e, dall'altro, evidenzia come l'uniformità dell'applicazione delle norme europee sia elemento imprescindibile per il funzionamento del sistema europeo. In altre parole, il diritto che promana dai Trattati produce i suoi effetti se e nella misura in cui esso sia ugualmente applicato in tutti gli Stati membri e a tutti i casi previsti. In un sistema del genere ciò che induce ogni Stato a dare applicazione alle norme è proprio la certezza che anche gli altri membri facciano lo stesso e che le regole che li vincolano siano sempre ugualmente applicate.¹⁹ La fiducia reciproca e l'omogenea applicazione del diritto europeo sono, quindi, condizioni indispensabili per il raggiungimento degli scopi dei Trattati (sia

¹⁸ Sentenza *Costa*, cit., p. 1145: *“Tale integrazione e più in generale, lo spirito e i termini del Trattato hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune. Se l'efficacia del diritto comunitario variesse da uno Stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione [nella versione originale jeopardising the attainment n.d.A] degli scopi del Trattato contemplata nell'art. 5, secondo comma, e causerebbe una discriminazione vietata dall'art. 7.*

[...] Il trasferimento, effettuato a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore incompatibile con il sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia.

Dal complesso dei menzionati elementi discende che, scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità”

¹⁹ Sembra quasi una moderna rivisitazione del contratto sociale di rousseauiana memoria. È in definitiva la reciprocità di una tale fiducia reciproca tra cittadini, così come quella tra gli Stati membri di appartenenza, che permette a un sistema legale di funzionare a livello nazionale così come a livello europeo. Si tratta di fatto di un contratto sociale basato sull'idea di uguaglianza e reciprocità sia tra cittadini sia tra Stati. Come vedremo anche in seguito, il *“mutual trust”* diventa un argomento fondamentale anche in tema di tutela dei diritti fondamentali.

gli scopi economici dichiarati sia, più in generale, gli scopi ulteriori cui prima si faceva cenno). Per completare il ragionamento, la Corte correttamente individua una delle sue funzioni fondamentali nel garantire l'uniforme applicazione del diritto europeo in tutti gli Stati membri e, in definitiva, l'unità del diritto europeo.

La necessità di assicurare l'efficacia e l'uniforme applicazione dell'ordinamento europeo sarà elemento di fondamentale importanza nel prosieguo del nostro ragionamento.

L'ultimo argomento è infine, di carattere testuale e fa riferimento da un lato alla natura tassativa delle ipotesi in cui è possibile derogare al diritto europeo e dall'altro all'obbligatorietà dei regolamenti di cui all'art. 189 del Trattato CEE nella versione allora vigente.²⁰

Stando al ragionamento della Corte, sebbene sia vero che il Trattato non prevedeva espressamente il primato del diritto europeo, il fatto che le uniche deroghe possibili fossero espressamente previste conferma, a contrario, l'obbligatorietà del diritto europeo in tutti gli altri casi quale regola generale. Ancora più importante è il riferimento all'articolo 189 del Trattato CEE (oggi articolo 288 del TFUE). Detta norma, stabilendo che i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno Stato membro, dimostra come l'effetto diretto delle previsioni del diritto comunitario sia parte integrante di questo sistema, e non uno sviluppo meramente

²⁰ Sentenza *Costa*, cit.: *“Tale integrazione nel diritto di ciascuno stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito e i termini del trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da esse accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune. I casi in cui gli stati hanno diritto di agire unilateralmente sono espressamente indicati (esempio art 15, 93 n. 1° 3, 223/ 225) e d'altronde le domande di deroga negli stati sono soggette a procedure di autorizzazione che sarebbero prive di significato qualora essi potessero sottrarsi ai loro obblighi mediante una semplice legge interna.*

La preminenza del diritto comunitario trova conferma nell'articolo 189, a norma del quale “I regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri”. Questa disposizione, che non è accompagnata da una riserva, sarebbe priva di significato se uno stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari.”

pretorio della Corte. L'importanza di questo articolo risulta evidente ove si consideri che nessun'altra convenzione o organizzazione internazionale è implementata attraverso una legislazione con effetti diretti che creano diritti doveri per i cittadini. Questo potere deve quindi essere considerato come una espressione della sovranità conferita alla CEE dal Trattato e come una caratteristica specifica grazie alla quale l'ordinamento europeo si distingue dagli altri.²¹

La Corte conclude affermando che, in considerazione di quelli che sono i tratti caratteristici e lo spirito del Trattato, il principio del primato è la logica conseguenza di quanto pattuito dagli Stati membri; esso, infatti, costituisce strumento indispensabile affinché il sistema sovranazionale funzioni effettivamente. La Corte vuol provare che sebbene gli Stati membri non avessero statuito espressamente il principio essi lo avessero tuttavia sottinteso. La Corte sottolinea, infatti, come, con la creazione di una comunità di durata illimitata, con sue proprie istituzioni, personalità, rappresentanza legale sul piano internazionale e, soprattutto, reali poteri derivanti dalla limitazione di sovranità da parte degli Stati, questi ultimi abbiano limitato la propria sovranità dando così vita ad un corpo normativo che vincola sia i propri cittadini che loro stessi. Anche parte della dottrina²² ha ritenuto che, sebbene non esplicitato in nessuna clausola, il primato del diritto europeo sia stato implicitamente accettato all'atto della ratifica dei trattati in quanto la Comunità fu creata per raggiungere un'efficiente struttura per l'azione politica a livello sovranazionale.

A ben guardare, però, ci si accorge che se la nozione di primato è estremamente chiara (tutte le norme di fonte europea prevalgono sulle norme interne) così come lo è la sua natura indispensabile, non altrettanto può dirsi dell'impianto giustificativo

²¹ I. PERNICE, *Costa v. ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, cit., p. 49.

²² J. WOUTERS, *National Constitutions and the European Union, 1 Legal Issues of economic integration* 25 (2000), p. 68

che sta alla base di essa. La Corte, infatti, sembra adottare un approccio pragmatico piuttosto che dogmatico;²³ sembra non scegliere alcuna teoria giustificativa da porre alla base della sua decisione circa la relazione che essa presuppone tra livello sovranazionale e interno. Essa infatti da un lato parla di supremazia di un piano sull'altro, il che farebbe pensare ad un rapporto gerarchico tra le due fonti, dall'altro però, parla di integrazione tra i due sistemi. Di fatto la sentenza *Costa* contiene diversi elementi che messi insieme conducono, quasi naturalmente, ad accettare la regola del primato. Questa scelta della Corte ha una spiegazione ben precisa,²⁴ il suo compito nei primi anni di vita della Comunità è stato, infatti, davvero arduo, al fine di raggiungere l'uniformità del diritto comunitario e di assicurare la sua effettività, essa ha dovuto mettere a punto una struttura teorica adattabile a sei sistemi nazionali molto differenti tra loro (quelli dei sei Paesi fondatori). Consapevole delle difficoltà che le Corti nazionali avrebbero incontrato nell'implementare il diritto europeo e più preoccupata di raggiungere il risultato dell'uniforme applicazione piuttosto che di costruire un'impeccabile teoria normativa, essa ha offerto diversi elementi ai quali i sistemi legali nazionali potevano far riferimento e potevano attingere al fine di costruire la propria teoria, necessaria a giustificare a livello di ordinamento interno il meccanismo del primato.²⁵ In tal senso può dirsi che la completa ed effettiva realizzazione del diritto comunitario è un compito condiviso tra Corte di Lussemburgo e Corti nazionali.

²³ M. CLAES, *The National Courts' Mandate*, cit., p. 180.

²⁴ M. CLAES, *The National Courts' Mandate*, cit., p. 181.

²⁵ L'esigenza di una ricostruzione convincente dei rapporti tra i due ordinamenti sulla quale fondare il primato era più avvertita dai Paesi c.d. dualisti, quali Germania, Italia e Belgio, per i quali i trattati comunitari, in quanto trattati di diritto internazionale, avrebbero avuto preminenza sulle norme di diritto interno soltanto se e nella misura in cui una norma nazionale avesse fornito loro tale caratteristica. Per sistemi dualisti si intendono i sistemi che concepiscono il piano nazionale come separato da quello sovranazionale e internazionale, in contrapposizione ai sistemi monisti che invece li trattano come piani integrati.

Proprio per questo motivo, il risultato finale non è forse sempre coerente,²⁶ ad esempio, mentre nella sentenza *Costa* la natura peculiare dell'ordinamento comunitario, come abbiamo visto, viene posta a fondamento del primato, nel Parere 1/91, al contrario, il primato costituisce uno degli argomenti a sostegno della specificità del diritto europeo; il primato è, dunque, acquisito come un dato per lo più assiomatico che non ha bisogno di ulteriori prove e conferme.²⁷

Dal punto di vista della Corte di Giustizia, dunque, purché lo scopo sia raggiunto (effettività e uniformità), la giustificazione del primato non è rilevante e la natura dei Trattati può essere una ragione sufficiente a spiegare il perché della supremazia, senza che siano necessarie ulteriori basi teoriche a giustificazione. Sono state poi le Corti nazionali e, soprattutto, la dottrina a proporre una ricostruzione del principio più sistematica e aderente alle rispettive carte costituzionali anche se non sempre aderente alla visione proposta dalla Corte di giustizia.

Proprio a partire dalle indicazioni date dalla Corte di giustizia in quella decisione, la dottrina ha cercato di fornire una base giustificativa più rigorosa ai rapporti tra diritto interno e sovranazionale sulla quale innestare poi il principio del primato.²⁸

Le teorie si dividono fondamentalmente in due gruppi: teorie gerarchiche e non gerarchiche.

Per almeno il primo ventennio successivo alla nascita del principio del primato, la dottrina ha ricostruito i rapporti tra i due piani ordinamentali in termini di gerarchia. I due sistemi, dunque, si troverebbero in un rapporto di sovra-ordinazione sotto-ordinazione.

²⁶ Parte della dottrina, J. WOUTERS, *National Constitutions and the European Union*, 2000 LIEI 25, p. 68, ha ritenuto che il “tallone d’Achille” della sentenza *Costa* fosse costituito proprio dal fatto che la sentenza propone troppi, piuttosto che troppo pochi, argomenti per sostenere il principio del primato.

²⁷ M. CLAES, *The National Courts’ Mandate*, cit., p. 181.

²⁸ Per ciò che attiene alle reazioni delle Corti nazionali si rinvia all’ultimo paragrafo del presente capitolo.

Secondo una parte dei commentatori,²⁹ fedeli alla linea disegnata dalla Corte di Giustizia, in questo sistema piramidale, il diritto europeo occuperebbe la posizione predominante, pertanto anche la norma gerarchicamente più alta del sistema interno deve cedere davanti alla disposizione più bassa del diritto sovranazionale. Le argomentazioni poste alla base di questa ricostruzione riprendono da vicino quelle proposte nella sentenza Costa e sono: l'autonomia dell'ordinamento europeo rispetto agli Stati che vi hanno dato origine; l'originalità dello stesso sia rispetto ai normali ordinamenti nazionali, sia agli organismi internazionali sino ad allora noti; il consenso implicito degli Stati membri.

Più recente dottrina ha però osservato che gli argomenti tradizionalmente posti a sostegno del primato del diritto sovranazionale non sono in sé risolutivi,³⁰ essi infatti non forniscono basi sufficienti a fornire l'illimitato primato del diritto europeo sulle Costituzioni statali. In primo luogo, l'affermazione di un certo grado di autonomia dell'ordinamento europeo non implica necessariamente il suo primato sul diritto nazionale. La Comunità europea, infatti, è pur sempre nata da un accordo tra Stati che agivano in base al diritto internazionale e in base alle loro rispettive Costituzioni. Pertanto l'ordinamento europeo non fu il risultato di legislatori supremi. Prova ne sia che anche il testo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, elaborato dalla Convenzione sul futuro dell'Europa e definitivamente firmato a Roma nell'ottobre del 2004 era, di fatto, un trattato internazionale soggetto alla ratifica da parte di tutti gli Stati. Ne deriva che l'ordinamento europeo non è un organismo autodeterminato ma resta sempre eterodeterminato dagli Stati che lo compongono. Ciò che manca all'ordinamento europeo è, infatti, una sua autonomia originaria, che

²⁹ P. PESCATORE, *Droit communautaire et droit national. Semaine de Bruges* (Bruges, De Tempel, 1965) è uno dei più ferventi sostenitori di questo approccio.

³⁰ A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford, 2009, p. 54 ss

invece è propria degli ordinamenti legali che non derivano da nessun'altro ordinamento e sono frutto di un potere costituente originario.

Neppure l'argomento in base al quale il primato si fonderebbe sul consenso può essere sostenuto.³¹ Pur ammettendo, infatti, che gli Stati attraverso la ratifica dei Trattati istitutivi avessero acconsentito all'esercizio condiviso di poteri sovrani ceduti alle istituzioni sovranazionali, ciò non vuol dire che, così facendo, essi abbiano acconsentito al primato del diritto europeo sul loro e, tantomeno, alla subordinazione dei diritti tutelati dalle loro Costituzioni quale risultato dell'integrazione europea.³² Come osservato da alcuni autori,³³ infatti, è difficilmente concepibile che i parlamenti nazionali avessero ratificato un trattato che comportasse la violazione dei capisaldi fondamentali delle loro Costituzioni.

In conclusione questa teoria non offre argomenti inoppugnabili a sostegno della prevalenza della fonte europea su quella nazionale.

Ecco perché, sempre ricostruendo i rapporti tra i due ordinamenti in termini gerarchici, altra parte della dottrina³⁴ in passato è arrivata a sostenere una tesi opposta a quella proposta dalla Corte di giustizia, ponendo al vertice della piramide il sistema nazionale piuttosto che quello sovranazionale.

A sostegno di questa tesi militano due argomentazioni fondamentali. In base al primo argomento la Costituzione per definizione è la norma suprema di ogni sistema legale ed è proprio sulla base delle Carte fondamentali che in ciascuno Stato è stato possibile il trasferimento di poteri dal piano nazionale all'ordinamento

³¹ A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, cit. p. 55.

³² *Ex multis* H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publisher, 1986, p. 392, il quale è tra coloro che espressamente arrivano a negare il primato del diritto europeo rispetto al diritto interno di rango costituzionale.

³³ G. F. MANCINI, *D. T. Keelin, Democracy and the European Court of Justice*, in CMLR, 1994, 57, p. 175-187.

³⁴ Si veda ad esempio B. DE WITTE, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, in *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, a cura di A. M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET e J.H.H. WEILER edit. 1998, p. 277.

sovrnazionale; se ne dedurrebbe che il sistema europeo costituisce mera derivazione delle Costituzioni statali le quali quindi mantengono la loro posizione di supremazia rispetto al diritto di fonte europea. Le frange più estremiste di quest'ala della dottrina hanno, inoltre, sostenuto che il trasferimento ha comportato solamente l'esercizio del potere, pertanto gli Stati continuerebbero a rimanere titolari dei poteri trasferiti e conseguentemente potrebbero pretendere la restituzione in ogni momento.³⁵

Le Costituzioni nazionali, inoltre, e in questo consiste il secondo argomento della tesi esposta, promanano dalla volontà popolare che costituisce fonte suprema di legittimità dei sistemi legali in base al ben noto principio, tipico delle moderne democrazie, per cui la sovranità risiede nel popolo. Ed infatti, a differenza di ciò che è avvenuto all'interno degli Stati nazionali, all'origine dei Trattati fondativi del sistema sovranazionale non vi è la volontà popolare, bensì un accordo tra i Paesi membri; detti Trattati, dunque, non sono il frutto di un potere costituente, bensì di negoziati compiuti attraverso canali diplomatici, da qui l'impossibilità per il diritto europeo di reclamare la propria supremazia rispetto alle Costituzioni statali.³⁶

È stato, altresì, osservato che mancherebbe a monte un popolo europeo capace di agire a livello sovranazionale, infatti i cittadini degli Stati membri non condividono una cultura comune e non hanno una identità collettiva che vada al di là delle loro

³⁵ P. CRAIG, *Report on the United Kingdom*, in *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, cit., p. 202. Pretendere la restituzione dei poteri significa uscire dall'Unione; è esattamente ciò che è accaduto con il referendum del 23 giugno 2016 sulla c.d. Brexit. Del resto, il testo della fallita costituzione europea prevedeva per la prima volta espressamente la possibilità di recedere dall'Unione (art. I-60) e lo stesso fa adesso il Trattato di Lisbona (art. 50).

³⁶ T. SCHILLING, *The Autonomy of the Community Legal Order-An Analysis of Possible Foundation*, *Harvard International Law Journal*, 37, 1996, p. 390. Del resto la stessa decisione di alcuni Stati di convocare un referendum prima di ratificare il testo della Costituzione europea non costituiva una decisione obbligatoria ma era rimessa all'iniziativa e alle norme dei singoli ordinamenti nazionali e comunque non era previsto alcun referendum a livello europeo in cui i popoli dell'Europa fossero chiamati ad esprimersi come un corpo unico.

identità nazionali.³⁷ Alla luce dei due argomenti citati si è concluso per la insostenibilità del primato del diritto dei Trattati sulle Costituzioni nazionali stante che la legittimazione dell'ordinamento europeo non deriva direttamente dal popolo europeo ma dagli Stati membri che agiscono secondo quanto disposto dalle loro Costituzioni.

Anche questi argomenti sono stati criticati dalla dottrina successiva.³⁸

È stato osservato, infatti, che acconsentendo al trasferimento di alcuni poteri all'ordinamento europeo e accettando che dagli organismi sovranazionali promanino normative con effetto diretto nei propri territori, le Costituzioni hanno perso la loro funzione globale e onnicomprensiva perché i poteri pubblici esercitati all'interno dei rispettivi Stati nazionali non sono più regolati esclusivamente dalle Costituzioni statali. Ciò ha trasformato le Carte fondamentali in "Costituzioni parziali"³⁹ che hanno bisogno di essere completate dai Trattati europei per restituire un quadro completo delle autorità e dei poteri pubblici che agiscono all'interno dei rispettivi territori. Pertanto, di fatto, oggi esiste una pluralità di sistemi legali che regolano i pubblici poteri all'interno degli Stati mentre le teorie gerarchiche sembrano non aver registrato il cambiamento.

Con riferimento al secondo elemento, gli stessi autori hanno osservato⁴⁰ che il popolo non deve essere necessariamente un'entità preesistente, vero è che la teoria costituzionale tende a presupporre un popolo quale fonte del potere costituente e

³⁷ Gli stessi Trattati parlano di "popoli" dell'Europa usando il sostantivo al plurale proprio a sottolineare la molteplicità identitaria dei cittadini europei. Per un approfondimento sul punto si veda anche E. SCODITTI, *La costituzione senza popolo*, Bari, 2001.

³⁸ A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, cit., p. 46.

³⁹ A tal proposito MacCormick sostiene che "nessuno Stato nell'Europa occidentale può più dirsi uno Stato sovrano. Nessuno si trova in una posizione tale per cui tutti i poteri esercitati al suo interno sono anche regolati da fonti del tutto interne" N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, 56 *The Modern Law Review* 1, 1993, p. 16.

⁴⁰ A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, cit., p. 47.

tuttavia la realtà politica e sociale non corrisponde a questo disegno, pertanto non è da escludere che la figura di un popolo europeo possa evolversi in futuro.⁴¹

Se ne ricava pertanto che i modelli gerarchici non corrispondono alla realtà dell'Unione, né costituiscono il miglior strumento per ricostruire i rapporti tra livello nazionale e sovranazionale. Una tale conclusione è corroborata anche dal fatto che, a ben guardare, la sentenza *Costa* non si limita a fissare una “*rule of conflict*”, ma punta anche a favorire la nozione di integrazione tra i sistemi legali. La sentenza, infatti, non afferma soltanto, con approccio difensivo, la regola in base alla quale in caso di conflitto il diritto di matrice europea prevale sul diritto nazionale, ma afferma altresì, in maniera innovativa, che i Trattati fondano un peculiare sistema legale che diventa parte integrante dei sistemi nazionali (non vi sarebbero dunque due distinti sistemi legali, bensì uno unico che prevede una condivisione di sovranità e un esercizio congiunto del potere pubblico); questa seconda affermazione rende intrinsecamente dinamici i rapporti tra i due piani ed inevitabilmente alimenta la tensione tra conflitto e integrazione.⁴² Ne deriva che il contenuto e l'impatto di questa sentenza sarebbero decisamente sottostimati ove la decisione venisse letta in una dimensione esclusivamente verticale (e dunque gerarchica) tra piano nazionale e sovranazionale. Il contenuto di *Costa*, invece, va ben oltre ed ha permesso al sistema legale europeo di evolversi in una struttura caratterizzata da complesse relazioni verticali, orizzontali e composite (sussidiarietà) tra gli attori che lo compongono

⁴¹ Resta inoltre da stabilire cosa si intenda per “popolo” trattandosi di un concetto di natura socio-politica.

⁴² Il primo e più visibile aspetto della sovranità condivisa fu la creazione di un *network* giudiziario all'interno del quale i giudici nazionali sono allo stesso tempo giudici comunitari; in questo sistema, il principio di supremazia non implica l'inferiorità delle Corti nazionali rispetto alla Corte di giustizia neppure in caso di rinvio pregiudiziale. I rapporti tra le Corti, inoltre, così come quelli tra gli altri attori dei due ordinamenti sono improntati alla leale collaborazione.

(istituzioni, Corti e singoli cittadini).⁴³ L'effetto di questo è stato un esercizio di poteri pubblici non in due separati livelli quanto piuttosto in un sistema integrato.⁴⁴

Già le riflessioni sopra svolte incoraggiano a cercare gli strumenti necessari a fissare un nuovo punto di equilibrio (che chiaramente non potrà essere fissato una volta per tutte, ma sarà necessariamente elastico e variabile) all'interno di questo sistema multilivello, abbandonando l'ottica schematica e tradizionale tipica del giurista nazionale per abbracciare quella "multifocale" del giurista europeo. Esse legittimano, altresì, il superamento delle tesi gerarchiche e l'apertura verso ricostruzioni di stampo eterarchico di cui si dirà alla fine del presente capitolo.

1.2 La tutela dei diritti fondamentali e lo scontro tra sistemi.

Il principio del primato, di fatto generalmente accettato dai giudici nazionali, entra in crisi quando norma recessiva rispetto a quella sovranazionale è una norma interna di

⁴³ H. CH HOFMANN, *Conflicts and Integration: Revisiting Costa v. ENEL and Simmenthal II*, in AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. MADURO, L. AZOULAI, Oxford, 2010, p. 60.

⁴⁴ In questo contesto, parte della dottrina ha più volte proposto delle ricostruzioni in chiave federalista dell'ordinamento sovranazionale. Da ultimo si veda *Federalism in the European Union*, (a cura di) E. CLOOTS, G. DE BAERE, S. SOTTIAUX, Oxford 2012, l'idea di fondo della raccolta è che per superare la crisi economica –che in primo luogo è crisi di legittimazione– che negli ultimi anni ha interessato l'Unione europea sia necessario un chiaro rafforzamento del carattere democratico dei processi decisionali a livello europeo; risultato, secondo gli autori, raggiungibile soltanto tramite una decisa svolta in senso federale dell'Unione. Si tratta di una teoria che ha sempre incontrato notevoli resistenze per le conseguenze politico-istituzionali che essa comporta. Secondo M.G. PUDER, *Constitutionalizing the European Union. More than a Sense of Direction from Convention on the Future of Europe*, *Fordham International Law Journal*, 2003, p. 1583, poi, le tesi che fanno riferimento al pluralismo costituzionale -di cui ci occuperemo nelle ultime pagine di questo capitolo- altro non sarebbero che una versione edulcorata del federalismo, elaborate proprio al fine di evitare di incappare nelle eccezioni tipicamente mosse alle tesi federaliste; in questo senso alcuni autori parlano dell'Unione europea come un sistema cripto-federalista. Per una ricostruzione più completa dei rapporti tra federalismo e pluralismo si veda G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, cit., p. 61 ss. In realtà a parere di chi scrive il modello europeo è molto distante dal modello federalista, non fosse altro per la mancanza di una netta divisione delle competenze tra i due livelli e l'esistenza di una diffusa distribuzione del potere.

rilievo costituzionale posta a tutela dei diritti fondamentali. Il rapporto della Corte di giustizia con la materia della tutela dei diritti fondamentali è stato nel tempo piuttosto oscillante e, a ben vedere, parecchio influenzato dal maggiore o minore entusiasmo che nel tempo ha accompagnato lo sviluppo del progetto europeo.

I giudici lussemburghesi capirono ben presto che non avrebbero potuto fare a meno di occuparsi di diritti fondamentali, non solo perché si trattava di un tema imprescindibile per ogni sistema che voglia definirsi democratico qualunque forma esso abbia, ma anche perché, proprio a causa del principio del primato, tale ambito cominciava a diventare fonte di conflitto nei rapporti con i giudici costituzionali nazionali.

Come è noto, inizialmente la Corte di giustizia rifiutò di occuparsi dei diritti fondamentali disciplinati dalle Carte costituzionali nazionali negando che essi rientrassero nella propria sfera di competenza⁴⁵ stante l'assenza di una previsione espressa in questo senso nei Trattati istitutivi; inoltre, anche ammesso che la Corte avesse voluto occuparsene, la mancanza di un catalogo espresso dei diritti avrebbe significato fare riferimento ai diritti riconosciuti nelle Costituzioni dei Paesi membri e, quindi, vincolare la Comunità alle posizioni riconosciute e tutelate dalle Carte nazionali, così pregiudicando l'autonomia e l'effettività del diritto comunitario. Successivamente, però, ci si rese conto che non si potevano affermare i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto europeo, così impattando direttamente e pienamente sulle posizioni giuridiche dei singoli, senza, di contro, assicurare tutela ai diritti fondamentali che ne risultavano coinvolti.

⁴⁵ Corte di giustizia, sentenze *Stork & Co.*, C-1/58, Racc. 1959, 48; *Geitling e altri*, C-36,37,38,40/59, Racc 1960, 832; *Sgarlata*, C-40/65, Racc, 1965, p. 279, in tutti questi casi la Corte o si è ritenuta non competente a giudicare delle violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti dalle Carte costituzionali nazionali o ha ritenuto tali eventuali violazioni non rilevanti per risolvere il caso sottoposto.

In questo senso si può affermare ⁴⁶ che all'interno del percorso di costituzionalizzazione del sistema europeo, dopo le prime due tappe, segnate rispettivamente dalle sentenze *Van Gend en Loos* (che, come è noto, statuisce il principio dell'effetto diretto) e *Costa*, la sentenza *Internationale*,⁴⁷ di cui ora ci occuperemo, segna il terzo passo di questo percorso, nonché la logica conseguenza dei primi due. Ed infatti, se i cittadini europei sono direttamente soggetti agli atti della Comunità e se il diritto comunitario prevale sulle Costituzioni nazionali - incluse le disposizioni a garanzia sui diritti fondamentali- allora occorre che la Corte provveda anche alla protezione di tali diritti fondamentali pena un *deficit* di protezione inammissibile in un moderno stato di diritto.

In altri termini, una volta affermato e reso autonomo il diritto comunitario, occorre dotarlo dei principi caratteristici di uno stato di diritto.

Ancor prima della sentenza *Internationale*, un primo riluttante passo avanti verso la tutela dei diritti fondamentali a livello europeo fu fatto con la sentenza *Stauder*.⁴⁸ In quella occasione la Corte per la prima volta, aprendosi a materiali normativi aventi origine al di fuori dell'ordinamento comunitario, ammise che i diritti fondamentali facevano parte dei principi generali del diritto comunitario, erano protetti dalla Corte stessa e occorreva tenerne conto nell'interpretazione degli atti normativi comunitari.

⁴⁶ B. O. BRYDE, *The ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence-a Milestone in Transnational Constitutionalism*, in AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. MADURO, L. AZOULAI, Oxford, 2010, p. 119 e T. TRIDIMAS, *Primacy, Fundamental Rights and the Search for Legitimacy*, in ibidem, p. 98.

⁴⁷ Corte di giustizia, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, in Racc. 1970, 1126 ss. Proprio per questa sua ambivalenza (affermazione di un principio del primato in termini assoluti e garanzia del rispetto delle tradizioni costituzionali comuni) *Internationale* rappresenta una delle pronunce più ambigue della storia dell'integrazione sovranazionale.

⁴⁸ Corte di giustizia, *Stauder*, C-29/69, in Racc. 419 paragrafo 7.

Il riferimento ai diritti fondamentali in *Stauder*, per quanto incidentale, spianò la strada alla decisione del 1970.⁴⁹

È soltanto con la sentenza *Internationale*, però, che viene segnata la svolta definitiva. La Corte, da un lato, reitera il principio del primato e lo porta alle sue estreme conseguenze affermando che il diritto comunitario prevale sulle norme interne anche nel caso in cui esse siano di rango costituzionale; dall'altro, però, al fine di prevenire scontri facilmente prevedibili, si preoccupa di rassicurare le Corti nazionali sul fatto che il sistema sovranazionale condivide i loro stessi valori costituzionali e ne assicura la continuità logica. A questo punto, inoltre, i giudici lussemburghesi, pur confermando l'esistenza di questo nucleo comune di valori, hanno cura di salvaguardare la loro autonomia interpretativa sottolineando che le tradizioni costituzionali comuni costituiscono soltanto "*inspiration*"⁵⁰ e nulla più, infatti in caso

⁴⁹ M. KUMM in *Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm*, in AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. MADURO, L. AZOULAI, Oxford, 2010, p. 107, osserva che tra i fattori che hanno agevolato il cambio di rotta della Corte è da annoverare la modifica della nozione stessa di diritti fondamentali. Ed infatti, se tradizionalmente la tutela dei diritti umani era limitata a quegli interessi che si ritenevano fondamentali e assoluti, e pertanto si parlava di diritti fondamentali in materia di tortura, pena di morte, detenzione arbitraria, coercizione religiosa, censura ecc., materie del tutto estranee all'ambito di interesse della CEE la quale nasceva prevalentemente per la costituzione di un mercato comune, quindi con finalità di natura economica e pertanto non prese in considerazione dal Trattato di Roma. Successivamente quel che cambia non sono le competenze della CEE (per quello si dovrà arrivare almeno al trattato di Maastricht) bensì la concezione di diritti umani in quanto si cominciò a ritenere meritevoli di tutela qualificandoli come diritti ogni genere di libertà (libertà di iniziativa economica, libero esercizio della propria professione questi sono i diritti coinvolti in *Internationale* e *Nold*). Inoltre, come osserverà l'Avvocato Generale Jacobs nelle conclusioni del caso *Schmidberger Internationale Transporte und Planzuge v. Repubblica d'Austria*, C-112/00, "*Sembra che il caso in esame sia il primo in cui uno Stato membro ha invocato la necessità di tutelare i diritti fondamentali per giustificare la restrizione ad una delle libertà fondamentali [circolazione merci n.d.A.] del Trattato. Casi di questo tipo si sono verificati di rado probabilmente perché le restrizioni alle libertà fondamentali del Trattato vengono applicate in genere non per tutelare i diritti fondamentali dei singoli, bensì sulla base di ampi obiettivi di interesse generale, come la salute pubblica o la tutela del consumatore. Si può peraltro presumere che simili casi si presenteranno più frequentemente in futuro: molti dei motivi a giustificazione attualmente riconosciuti dalla Corte si potrebbero anche formulare come basati su considerazioni attinenti ai diritti fondamentali*".

⁵⁰ Così nella versione inglese della sentenza, "*informata a*" nel testo italiano, *Internationale*, p. 1135: "*La tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità*". Il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni ha lo scopo di compensare le incursioni della Corte negli ordinamenti costituzionali nazionali anche se il riferimento è temperato dal fatto che la Corte si è sempre riservata il diritto di reinterpretarle. Tuttavia

di conflitto tra diritti fondamentali e altre istanze (tipicamente a quel tempo le libertà fondamentali), il bilanciamento deve essere operato dalla Corte secondo gli scopi e nell'ambito del diritto europeo.⁵¹ Pertanto, condividere gli stessi valori non significa dar attuazione meccanicamente alle posizioni così come riconosciute nei sistemi legali dei Paesi membri senza tenere in considerazione i tratti caratteristici del diritto sovranazionale.

Con *Internationale*, inoltre, si segna il passaggio a un nuovo tipo di conflitto tra livello nazionale e sovranazionale e, infatti, non c'è più il rifiuto della Corte di occuparsi dei diritti fondamentali, bensì l'affermazione della condivisione di "materiali normativi" comuni; da qui il mutare del conflitto tra Corti nazionali ed europee, esso, infatti, inizia a prendere la forma della concorrenza interpretativa tipica dei sistemi caratterizzati dal pluralismo costituzionale (vedi paragrafo successivo).

Altra decisione fondamentale per il percorso di incorporazione dei diritti fondamentali all'interno del diritto comunitario, di poco successiva, che di fatto completa la sentenza del 1970, è rappresentata dalla sentenza *Nold*.⁵² Con essa la Corte ribadisce quanto già stabilito nel caso *Internationale* e, inoltre, fa per la prima volta riferimento al sistema internazionale di tutela dei diritti fondamentali

la portata e i confini della nozione di tradizioni costituzionali comuni sono da sempre alquanto dibattuti in dottrina e giurisprudenza, v. sul punto L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee*, in P. FAENZA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti in Europa*, Torino 2003, p. 3; inoltre, non è mai stato molto chiaro quale ruolo abbiano giocato nella giurisprudenza comunitaria le Costituzioni nazionali. Da un lato, infatti, nelle decisioni della Corte di giustizia raramente si trovano richiami espliciti alle Costituzioni nazionali e ancor più rari sono i segni che la giurisprudenza costituzionale nazionale abbia influenzato le decisioni dei giudici di Lussemburgo. Del resto anche a livello dottrinario non è mai stato chiaro se, a partire dalle tradizioni costituzionali, e stante le inevitabili differenze tra le diverse tradizioni esistenti, la Corte sovranazionale avrebbe dovuto trarre un minimo comune denominatore elaborando un patrimonio costituzionale comune, assumendo così un atteggiamento -potremmo direi- minimalista o, piuttosto, al contrario, compito della Corte sarebbe quello di selezionare un massimo standard di tutela; tuttavia in questo modo si finirebbe per trasformare in giudizi di tipo quantitativo in scelte che invece sono di tipo qualitativo e di valore. Di fatto la Corte si ispira alle tradizioni per poi rimodularne il contenuto e la portata. Esse costituiscono dunque un elemento destinato a diventare sempre più evanescente stante l'esistenza di fonti dal contenuto più preciso quali la CEDU e la Carta.

⁵¹ T. TRIDIMAS, *The General Principle of European Law*, Oxford, 2006, p. 302.

⁵² Corte di Giustizia, *Nold*, C-4/73, Racc 1974, 491.

richiamando i Trattati internazionali a tutela dei diritti umani nei quali gli Stati membri hanno collaborato o che hanno sottoscritto e, in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da ora in avanti CEDU) quale parametro di tutela dei diritti fondamentali. Anche in questo caso, però, nonostante la concessione a favore delle tradizioni comuni, la Corte ebbe cura di precisare che rispettare gli stessi diritti non significa raggiungere gli stessi risultati in sede applicativa.⁵³

Poco dopo nella sentenza *Hauer*⁵⁴ la Corte ha ribadito il peso dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri affermando la inammissibilità di provvedimenti comunitari incompatibili con i diritti riconosciuti nelle Costituzioni nazionali, è stato ribadito inoltre che gli strumenti internazionali costituiscono fonte di ispirazione per l'attività della Corte.

Come osservato da parte della dottrina,⁵⁵ il frequente riferimento alle Costituzioni degli Stati membri nel campo dei diritti umani operato nelle sentenze richiamate ha un significato importante.

Come accennato a inizio paragrafo, infatti, la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali della Corte di giustizia è stata un necessario strumento per assicurare l'affermazione del primato del diritto comunitario; l'obiettivo della Comunità poteva essere raggiunto solo riconoscendo il primato al diritto comunitario e interpretando e applicando le sue regole in maniera uniforme in ogni Stato membro. Il raggiungimento di questo obiettivo passava necessariamente per l'accettazione del primato da parte degli Stati e, soprattutto, da parte delle Corti nazionali comprese quelle dei Paesi nei quali esiste un catalogo scritto di diritti fondamentali ritenuto superiore a qualunque altra previsione normativa e percepito come essenziale per la

⁵³ La questione degli standard di tutela dei diritti da assicurare a livello europeo sarà oggetto del prossimo capitolo.

⁵⁴ Corte di giustizia, *Hauer*, C-44/79, Racc. 1979, p. 3727.

⁵⁵ T. TRIDIMAS, *The General Principle of European Law*, cit., p. 304.

legittimazione democratica degli Stati. Specie in questi Paesi, dunque, sarebbe stato impossibile assicurarsi la piena collaborazione delle Corti senza la condivisione delle premesse costituzionali del diritto interno o almeno di una loro parziale convergenza. In tal senso alcuni autori hanno⁵⁶ evidenziato che il ribadire l'attenzione nei confronti delle Costituzioni nazionali e del sistema di tutela internazionale fu il risultato della dura reazione di alcune Corti costituzionali nazionali alla sentenza *Internationale*.⁵⁷ Al di là dei rapporti tra organi giurisdizionali, la ragione del frequente richiamo ai diritti fondamentali e alle tradizioni costituzionali comuni sta anche nel fatto che il rispetto per i diritti riconosciuti e tutelati dal diritto degli Stati membri, in negativo, è una delle questioni più delicate e fonte di scontro nei rapporti tra livello nazionale e sovranazionale e, in positivo la tutela di detti diritti costituisce fonte di legittimazione politica ed ideologica, necessaria alla costruzione del mercato comune e dell'intero ordinamento europeo, per la Corte di Lussemburgo. Ed infatti, la risonanza data dalla proclamazione della garanzia dei diritti fondamentali diede una notevole spinta alla legittimazione dei giudici europei, pertanto, difendendo le libertà individuali, attività tipica del campo d'azione del potere giudiziario, la Corte poteva adesso giocare un importante ruolo nel dibattito pubblico.⁵⁸

⁵⁶ T. TRIDIMAS, *The General Principle of European Law*, cit., p. 304.

⁵⁷ Si fa riferimento chiaramente alla nota sentenza *Solange I* della *BundesVerfassungsgericht* (il Tribunale federale costituzionale tedesco) del 1974, ma sulla teoria dei controlimiti si veda quanto detto nel paragrafo successivo.

⁵⁸ L'importanza di acquisire una legittimazione politica era chiara anche alle istituzioni politiche della Comunità le quali, in parallelo allo sviluppo della giurisprudenza comunitaria sui diritti fondamentali, cominciarono sempre più spesso a fare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali; ciò portò alla fine degli anni 80 a intraprendere la strada della formalizzazione della tutela dei diritti e della loro protezione a livello comunitario. Sono frutto di questo rinnovato interesse la Dichiarazione comune del Parlamento europeo del Consiglio e della Commissione sui diritti fondamentali del 5 aprile 1977, in cui le tre istituzioni politiche delle Comunità proclamarono solennemente l'importanza attribuita alla tutela dei diritti fondamentali, vincolandosi al rispetto degli stessi nella propria attività; nonché il Preambolo dell'Atto unico europeo del 1986, la Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali del Parlamento del 12 aprile 1989 nella quale si individuava per la prima volta un vero e proprio catalogo di diritti fondamentali delle Comunità europee, la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, il testo dell'art. F par.2 del TUE così come introdotto con il Trattato di Maastricht poi divenuto art. 6 a seguito del Trattato di Amsterdam e, in tempi più recenti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il progetto di Costituzione per l'Europa.

Più in generale, infatti, in un'era caratterizzata dall'accresciuto zelo per la responsabilità degli Stati nei confronti degli individui, il rispetto per i diritti è visto non solo come *sine qua non* della legalità ma anche come il più importante parametro nella valutazione delle credenziali democratiche di un sistema di governo. Lo stesso vale per l'ordinamento europeo, anche all'interno dell'Unione esiste una condivisa credenza che la democrazia non si esaurisca nella regola maggioritaria ma che passi anche per il rispetto per gli individui, la tolleranza e il pluralismo.⁵⁹

Il valore politico ancor più che giuridico delle sentenze sin qui citate è, dunque, enorme. Esse, inoltre, sotto un profilo procedurale, segnano un significativo trasferimento di potere giudiziario in quanto da ora in poi le Corti nazionali non solo non possono più giudicare della validità delle norme comunitarie rispetto a parametri costituiti dai diritti fondamentali nazionali, ma, ove sospettino la presenza di un conflitto negli ambiti di applicazione dei Trattati, esse sono tenute a deferire tale compito alla Corte di giustizia.⁶⁰

Per completare la carrellata delle decisioni storiche ed utili ai nostri fini che hanno definito la posizione della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali occorre citare ancora la sentenza *Keller*.⁶¹ In essa la Corte sembra ritornare a una posizione più rigida e più vicina a quella di *Internationale* e quindi a una concezione più vicina a quella assoluta del principio del primato, in quanto ribadisce che la validità degli atti comunitari può essere giudicata soltanto alla luce del diritto

⁵⁹ L'art. I-2 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, rubricato "valori dell'Unione", faceva riferimento a una idea condivisa di "una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

⁶⁰ Dal punto di vista del sistema sovranazionale, si osserva che la Corte vedeva rafforzato il proprio potere rispetto alle altre branche del quadro istituzionale comunitario, in quanto, adesso, essa poteva mettere in discussione l'operato degli altri organi comunitari sotto il profilo della compatibilità con i diritti fondamentali. D'altro canto, però, anche le istituzioni vedevano rafforzata la loro autorità contro i potenziali attacchi delle Corti nazionali in nome dei diritti costituzionali domestici, in tal senso v. M. KUMM, *Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm*, cit., p. 107.

⁶¹ Corte di giustizia, *Pubblico ministero di Friburgo v. Keller*, C-234/85, in Raccolta 1986, 2897.

comunitario, pertanto “*il richiamo a violazioni dei diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro non può, di per sé, sminuire la validità di un atto della Comunità*”.⁶²

Nonostante l’apertura mostrata in materia di diritti fondamentali, la Corte è stata aspramente criticata. La proclamazione della tutela dei diritti fondamentali è stata da alcuni ritenuta meramente utilitaristica, niente più che un ulteriore strumento a servizio dell’integrazione comunitaria,⁶³ secondo questa parte dei commentatori, la posizione della Corte in materia non sarebbe infatti animata da una genuina preoccupazione di sostenere i diritti ma sarebbe strumentale a una espansione della influenza della Corte a scapito degli Stati membri. Sarebbe quindi l’integrazione economica la priorità che muove la Corte, integrazione che verrebbe posta al di sopra degli individui; in tal modo i diritti fondamentali finiscono per perdere la loro natura di diritti soggettivi divenendo meri strumenti di integrazione.

⁶² Infine, due sentenze segnano una importante presa di posizione relativamente agli atti soggetti al controllo della Corte di giustizia, si tratta della sentenza della Corte di giustizia, *Wachauf*, C-5/88, Racc. 1989, 2609 ed *ERT*, C-260/89, Racc. 1991, I-2951, nelle quali la Corte stabilisce che anche gli atti adottati dagli Stati membri nell’ambito del diritto europeo sono soggetti al rispetto dei diritti fondamentali così per come interpretati a livello europeo. La *ratio* è semplice: poiché la legislazione comunitaria deve rispettare i diritti fondamentali, le autorità nazionali che implementano detta legislazione devono essere anch’esse vincolate al rispetto degli stessi diritti.

⁶³ J. COPPEL, A. O’NEIL, *The European Court of Justice: taking rights seriously*, in *CMLR*, 29, 1992, p. 669 ss, la posizione degli AA è chiara: la Corte ha impiegato i diritti fondamentali strumentalmente, al solo fine di accelerare il processo di integrazione legale all’interno della Comunità. Essa non li avrebbe protetti per il loro valore intrinseco. In particolare, ritengono gli AA, i giudici di Lussemburgo hanno fatto un uso sia difensivo che offensivo dei diritti fondamentali. Con la prima espressione, uso difensivo, si intende sottolineare il fatto che, dopo aver a lungo negato la propria giurisdizione in materia di diritti fondamentali, la Corte ha a un certo punto ritenuto che la loro tutela rientrasse tra i principi generali del diritto comunitario; in particolare una tale affermazione sarebbe intervenuta proprio all’indomani delle sentenze delle Corti costituzionali tedesca e italiana con le quali si affermava il primato delle Costituzioni nazionali ogni qual volta uno dei diritti in esse riconosciuto fosse minacciato dal diritto europeo. Il riconoscimento, dunque, avrebbe avuto la sola funzione di evitare uno scontro con le Corti costituzionali nazionali. Oltre all’uso difensivo, gli AA vedono nella giurisprudenza europea anche un uso offensivo dei diritti fondamentali, in quanto la Corte avrebbe usato l’argomento della tutela di queste posizioni per espandere la propria area di competenza a tutto vantaggio del piano comunitario.

Sul punto è stato però eccepito⁶⁴ che, vero è che la dichiarazione della Corte di tutelare i diritti fondamentali le ha consentito di espandere la sua influenza, e tuttavia è innegabile che ciò ha determinato un effettivo potenziamento della tutela dei diritti fondamentali; la Corte ha, infatti, da un lato ampliato gli ambiti di applicazione dei diritti fondamentali anche ampliando la gamma delle misure soggette⁶⁵ al suo controllo sotto il profilo dei diritti umani e, dall'altro, ha più volte dichiarato che i diritti fondamentali costituiscono il nucleo di valori fondanti della comunità accettando anche che la loro protezione potesse prevalere rispetto alle libertà fondamentali (significative in questo senso le sentenze *Schmidberger* e *Omega* di cui si parlerà nel Capitolo III). Inoltre, la Corte non avrebbe potuto in ogni caso affermare i diritti individuali senza prima stabilire un sistema di protezione basato sulla supremazia del diritto comunitario: solo una volta stabiliti gli effetti diretti e il primato del diritto europeo, essa poteva proclamare i diritti fondamentali quali attributi degli individui ai quali il sistema così creato si rivolgeva.⁶⁶ Anzi, secondo questo punto di vista, esattamente al contrario di quanto sostenuto dai commentatori dell'opposto filone, l'affermazione dei diritti fondamentali quali diritti individuali determinerebbe proprio una trasformazione della natura dei diritti economici in modo qualitativo, umanizzandoli.

A parere di chi scrive c'è del vero in entrambe le prospettazioni e, più realisticamente, la quota di "utilitarismo" (se così possiamo definirlo) nonché la

⁶⁴ T. TRIDIMAS, *Primacy, Fundamental Rights and the Search for Legitimacy*, cit., p. 102.

⁶⁵ Si fa riferimento in particolare alle sentenze *Wachauf* ed *ERT*, sopra richiamate, a proposito delle quali J. H. H. WEILER e N. J. S. LOCKART, in risposta a O'Neil e Coppell, nel loro articolo *Taking rights seriously* "seriously: the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence", in *CMLR*, 32, 1995, p. 584, ritengono si tratti non di un'arbitraria estensione della giurisdizione della Corte, bensì della naturale progressione della giurisprudenza europea, le cui basi erano già state gettate in *Nold* e *Hauer*, e infatti sarebbe contraddittorio non assoggettare agli stessi obblighi che vincolano le istituzioni comunitarie le autorità nazionali quando agiscono quali agenti delle prime.

⁶⁶ J. N. CUNHA RODRIGUES, *The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, in AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. MADURO, L. AZOULAI, Oxford, 2010, p. 96

maggiore o minore propensione della Corte non ha fatto altro che variare nel tempo in ragione del mutare delle condizioni storico-politiche che hanno caratterizzato la vita dell'ordinamento sovranazionale, in questo senso si osserva che la Corte tende a elargire maggior tutela nei momenti di maggior forza del progetto europeo mentre tende a irrigidirsi su posizioni più "tradizionali" e difensive delle preogative sovranazionali nei momenti di crisi, in questo senso sembrano doversi leggere le più recenti decisioni di cui si dirà nel prossimo capitolo.

In generale però si concorda con quella parte della dottrina secondo la quale la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali e i conflitti costituzionali che la caratterizzano hanno avuto un impatto sistemico sul principio del primato causandone la progressiva trasformazione.⁶⁷

Non si dimentichi peraltro che la Corte di Lussemburgo non si è mai espressamente definita una Corte dei diritti umani, neppure nei suoi momenti di maggiore apertura databili intorno all'inizio degli anni 2000. Sulla natura della Corte si tornerà comunque in seguito.

Quale che fosse l'intento che animava i giudici di Lussemburgo, uno dei primi problemi concreti che si è posto una volta che la Corte ha preso a occuparsi di diritti fondamentali ha riguardato lo standard di tutela che si sarebbe dovuto assicurare ai

⁶⁷ G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, cit., p. 217, secondo l'A. questo progressivo ammorbidimento del principio del primato farebbe ritenere mutato il punto di vista della Corte di giustizia e quindi superato il suo approccio strumentale ai diritti fondamentali; dopo *Schmidberger*, infatti, i diritti fondamentali non sarebbero più eccezioni al primato bensì premessa del principio stesso in quanto la tutela dei diritti fondamentali costituisce obiettivo fondamentale sia per gli Stati membri che per l'UE; una tale ricostruzione sarebbe corroborata dall'affermazione fatta dalla Corte nella citata sentenza in base alla quale la tutela dei diritti fondamentali costituisce "*legittimo interesse che in linea di principio giustifica le obbligazioni imposte dal diritto comunitario*". Questa nuova base (non oppositiva ma comune tra i due ordinamenti) abbandonerebbe la logica dell'uso strumentale e spiegherebbe l'apertura a quei diritti non condivisi a livello europeo ma riconosciuti da alcuni Paesi soltanto. In tal modo finendo per fare definitivamente dei principi relativi alla protezione dei diritti fondamentali dei principi non solo generali ma costituzionali. Questa pregevole ricostruzione pecca forse di eccessivo ottimismo e va oggi rivista alla luce delle più recenti e rigide posizioni assunte dalla Corte nelle sentenze *Melloni* e *Fransson*, nonché del parere in tema di adesione dell'UE alla CEDU, in tutti questi atti la Corte sembra nuovamente arroccarsi su posizioni più intransigenti riproponendo visioni assolutiste del principio del primato.

diritti fondamentali riconosciuti e ritenuti patrimonio comune dell'ordinamento comunitario. Il presupposto di partenza è che l'adesione alla Comunità ha comportato l'istituzione di un rapporto multilaterale tra Stati membri e istituzioni all'interno del quale nessuno Stato ha il diritto di aspettarsi che in un dato conflitto l'ordinamento sovranazionale avalli *sic et simpliciter* il suo bilanciamento e la scala di valori che lo supportano.⁶⁸

Ci si chiedeva allora se la Corte, nella sua attività interpretativa, fosse tenuta ad adottare un approccio massimalista, attestandosi sul più alto livello di tutela adottato dagli Stati, o, invece, minimalista individuando un minimo denominatore comune nella individuazione dello standard di protezione dei diritti fondamentali. Come la più attenta dottrina ha suggerito,⁶⁹ nessuna delle due posizioni è in sé corretta. La Corte deve infatti puntare non alla soluzione più o meno garantista, bensì a quella più consona al sistema sovranazionale e (come è detto chiaramente nella sentenza *Hauer* sopra citata, punto 14): “eventuali questioni *relative alla violazione di diritti fondamentale mediante atti emanati dalle istituzioni della comunità possono essere valutate unicamente alla stregua del diritto comunitario. Il richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione del sistema costituzionale di uno Stato membro, incrinerebbe inevitabilmente l'unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della comunità, giacché menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario*”.

⁶⁸ In effetti un diritto fondamentale costituisce sempre l'espressione di un “compromesso tra beni sociali concorrenti”, in questo senso si veda J.H.H. WEILER, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N.A. NEUWAHL E A. ROSAS, *The European Union and human rights*, L'Aja, 1995. In particolare, ogni diritto fondamentale esprime, nelle democrazie liberali, un compromesso tra i vari interessi della collettività, rappresentati dall'autorità governativa, e l'interesse dell'individuo alla propria autonomia e libertà. Il bilanciamento tra queste esigenze contrastanti esprime il compromesso sociale, il nucleo dei valori fondamentali di una società, il quale differisce da un sistema all'altro ed è dunque ragionevole lasciare tale spazio di valutazione direttamente agli Stati e pertanto varia in base al punto di equilibrio raggiunto all'interno di ogni ordinamento.

⁶⁹ T. TRIDIMAS, *The General Principle of European Law*, cit., p. 312.

La Corte, quindi, anche in questo caso pur assicurando la tutela dei diritti rimarca sempre l'autonomia del sistema europeo rispetto agli ordinamenti nazionali in nome della unità e della coesione del sistema.

Guardare al problema in termini di standard alto o basso di tutela, inoltre, significa esaminare il problema in un'ottica bidimensionale⁷⁰ mentre invece le relazioni tra diritti sono molto più complesse. I diritti umani, infatti, non sono vuote e astratte idee, bensì il nucleo delle scelte della società, essi rappresentano il frutto del bilanciamento tra interessi contrastanti.

L'approccio massimalista, inoltre, imporrebbe al livello sovranazionale i più alti standard di tutela di uno degli Stati membri anche nel caso in cui tale standard fosse non rappresentativo dei valori comuni degli Stati membri. Alcuni autori⁷¹ hanno osservato a tal proposito che, in tal modo, la massima tutela dei diritti degli individui, limitando l'applicabilità del diritto europeo, corrisponderebbe alla massima restrizione imposta al livello sovranazionale, con il rischio di rendere non funzionanti le politiche europee. Ecco quindi tornare il conflitto tra diritti fondamentali e primato del diritto europeo nonostante ci si muova esclusivamente all'interno dell'ordinamento sovranazionale.

Di contro, scartando l'approccio massimalista, resta il problema se la Corte possa permettersi un livello minore di tutela dei diritti fondamentali rispetto a quello assicurato dalle Costituzioni statali.⁷² In altre parole ci si chiede se le Costituzioni nazionali rappresentino un livello minimo di tutela al di sotto del quale la Corte non può andare.

⁷⁰ J. H. H. WEILER, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N. A. NEUWAHL e A. ROSAS, *The European Union and Human Rights*, 1995, p. 51 ss.

⁷¹ J. H. H. WEILER, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries*, cit., p. 61.

⁷² Sulla necessità di unificare i diritti al livello più alto da parte dell'UE v L BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in CMLR, 1998, 629 ss

Come vedremo in seguito e in particolare nel prossimo capitolo, a parere di chi scrive, la risposta al quesito deve essere negativa, da qui l'urgenza di trovare meccanismi correttivi che assicurino comunque un livello di tutela idoneo.⁷³

2. Le tradizionali reazioni delle Corti nazionali e l'approccio pluralista quale chiave di volta del conflitto.

Una volta dato atto del conflitto tra primato e tutela dei diritti fondamentali, passiamo adesso a valutare quali risposte esso abbia nel tempo suscitato presso i giudici nazionali e quale approccio, invece, si ritiene opportuno seguire oggi per individuare un nuovo equilibrio tra i due elementi in contrapposizione.

L'affermazione della Corte di giustizia in base alla quale il diritto europeo non può esser contraddetto dal diritto interno -neppure di rango costituzionale- pena un grave *vulnus* per l'unità e l'uniformità dello stesso sistema sovranazionale, passa per l'applicazione giornaliera e costante delle Corti nazionali le quali, specialmente quelle di rango costituzionale, hanno accolto malvolentieri una nozione così assoluta del principio del primato. Alcune Corti costituzionali nazionali (in origine quella tedesca e quella italiana), infatti, hanno affermato che esiste un nucleo essenziale di diritti inviolabili all'interno delle Costituzioni nazionali il quale non può subire violazioni neppure da parte delle istituzioni comunitarie, cui pure gli Stati hanno

⁷³ Nel loro articolo, O'Neil e Coppel, *Taking rights seriously*, cit., ritengono che l'attribuzione dell'aggettivo "fondamentale" dato alle quattro libertà economiche tipiche del diritto comunitario corrisponda a una automatica equiparazione delle stesse ai diritti fondamentali così per come tradizionalmente intesi nelle tradizioni costituzionali comuni e quindi il riconoscimento del medesimo peso nonostante la loro natura prettamente economica. Weiler e Lockhart, nel loro articolo di risposta, *Taking rights seriously*, cit., osservano che dire che sia le libertà sia i diritti sono fondamentali non significa equipararli, o addirittura dargli più peso, sarà, invece, l'attività interpretativa della Corte a individuare il giusto bilanciamento tra le diverse posizioni in ragione delle circostanze del caso concreto.

ceduto importanti quote di sovranità, e pertanto si riservano il sindacato sulla compatibilità delle norme europee che dovessero risultare lesive dei diritti appartenenti a detto nucleo con il sistema nazionale.

Si tratta della ben nota teoria dei controlimiti, che nasce dall'assunto in base al quale la validità del diritto europeo all'interno degli ordinamenti nazionali si riconnette all'autorità delle loro Costituzioni, pertanto il diritto di fonte sovranazionale non può prevalere rispetto alla norma dalla quale esso stesso trae il suo valore legale. Le Costituzioni, dunque, secondo questa visione, rimangono le norme all'apice dei sistemi nazionali mentre l'ordinamento europeo resta un sistema separato e coordinato tramite il criterio della competenza salva però la possibilità riservata alle Corti costituzionali nazionali di intervenire accertando l'eventuale violazione da parte della fonte sovranazionale delle regole costituzionali.

È noto in questo senso il percorso seguito dal Tribunale costituzionale tedesco, il quale nella storica sentenza *Solange I*⁷⁴ sostenne il primato della Legge fondamentale tedesca sul diritto comunitario alla luce degli *standard* costituzionali tedeschi, almeno finché la tutela dei diritti fondamentali assicurata a livello europeo non si fosse potuta ritenere equivalente a quella offerta a livello nazionale e non vi fosse stato un catalogo dei diritti anche a livello europeo. A questa decisione ha fatto seguito l'altrettanto nota sentenza *Solange II*,⁷⁵ nella quale, nonostante la Corte di giustizia con la sentenza *Internationale* avesse frattanto fatto riferimento e accolto all'interno del diritto comunitario un catalogo di diritti, la Corte tedesca continuò ad affermare il monopolio del sindacato sul diritto europeo finché la Corte di Lussemburgo non avesse assicurato una adeguata protezione dei diritti fondamentali a livello comunitario, il giudice tedesco, però, in questa decisione invertiva l'onere

⁷⁴ BVerfGE 37, 271 ff del 29 maggio 1974

⁷⁵ BVerfGE 73, 339 ff del 22 ottobre 1986

della prova stabilendo che il sindacato di costituzionalità sarebbe intervenuto solo ove si fosse dimostrato che il livello di tutela dei diritti fondamentali assicurato a livello comunitario non corrispondesse al livello di protezione assicurato dal diritto tedesco. Tali concetti sono stati poi ripresi e ribaditi in decisioni più recenti, in particolare, a ravvivare il dibattito in occasione dell'adozione del Trattato di Maastricht intervenne la sentenza *Maastricht*⁷⁶ che, confermando la giurisprudenza *Solange* e partendo dalla considerazione delle funzioni comunitarie come funzioni delegate tassativamente attribuite dagli Stati alla Comunità e di stretta interpretazione, ha definito l'ordinamento comunitario come associazione di Stati operanti tramite organi comuni che adottano atti direttamente efficaci all'interno dei Paesi membri in quanto atti virtualmente nazionali, espressione di un diritto pubblico esterno agli Stati stessi, e ha attribuito al giudice costituzionale statale il compito di vigilare sia sul rispetto dei diritti fondamentali sia sul riparto delle sfere di competenza. Dopo una breve tregua rappresentata dalla sentenza *Bananenmarkt*⁷⁷ con la quale i giudici tedeschi sembravano rinunciare ad ogni contesa con la Corte di giustizia, la Corte tedesca è ritornata all'attacco con la sentenza *Lissabon*⁷⁸ del 30 giugno 2009 con la quale i giudici di Karlsruhe hanno confermato con ferrea determinazione i confini del diritto comunitario rispetto a quello statale; si coglie in questa sentenza una decisa riaffermazione della natura internazionale dell'Unione, priva in sé di sovranità, i cui organi sono privi di una legittimazione democratica assimilabile a quella degli Stati membri e sono dotati di poteri delegati puntualmente conferiti dai Trattati.⁷⁹

⁷⁶ BVerfGE 89, 155 ff del 12 ottobre 1993.

⁷⁷ BVerfGE 102, 147 ff del 3 giugno 2000.

⁷⁸ BVerfGE 123, 267 ff del 30 giugno 2009.

⁷⁹ La citata decisione presenta però un importante addendum, essa pone l'accento sulla garanzia dell'identità costituzionale statale, ora sancita dall'art. 4.2 del Trattato di Lisbona, oggetto in quella occasione di esame da parte dei giudici tedeschi; in quella occasione, il Tribunale costituzionale

Altrettanto nota è la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale. I giudici italiani elaborarono la dottrina qui in commento dapprima come rimedio estremo per ipotesi di (improbabili) conflitti insanabili tra il diritto comunitario e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (sentenze n. 98/1965, 183/1973 e 170/1984), successivamente, hanno richiamato la propria posizione con la sentenza n. 232/1989.⁸⁰

tedesco si garantisce la possibilità di un controllo consistente nella verifica del rispetto da parte dell'Unione dell'identità costituzionale nazionale che viene automaticamente equiparata al nucleo costituzionale non emendabile della Legge fondamentale. Si tornerà più diffusamente sul punto nel Capitolo III quando si affronterà la questione relativa al rispetto delle identità costituzionali nazionali.

⁸⁰ Un abbozzo della teoria si trova nella sentenza 98/1965 in cui si afferma che i possibili effetti interni dell'attività degli organi comunitari vanno comunque *“determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale; questo diritto è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2”*. È poi nella sentenza 183/1973 che la teoria viene portata a compimento poiché viene affermato che: *“è appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto dai Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini – possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tal ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del trattato con i predetti principi fondamentali”*. Qui si pone il problema se un'eventuale pronuncia negativa a seguito del sindacato della Corte avrebbe portato alla dichiarazione di incostituzionalità dell'intera legge di esecuzione del trattato o piuttosto, come invece suggerito dalla più attenta dottrina e fatto proprio anche dalla giurisprudenza successiva della Corte, della legge di ratifica del Trattato nella parte in cui ammetteva l'ingresso nell'ordinamento italiano della norma europea lesiva, così mantenendo salva la partecipazione dell'Italia all'Unione. La teoria è poi confermata nella successiva sentenza 170/1984.

La Corte ritorna parzialmente sui suoi passi con la sentenza 232/1989 nella quale era chiamata a decidere sulla presunta lesione dell'art. 24 Cost. (diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, asseritamente violata dalla prassi della Corte di giustizia di limitare gli effetti retroattivi delle proprie pronunce di invalidità degli atti comunitari). In questo caso la Corte risolve la questione con una declaratoria di inammissibilità per irrilevanza della questione ma probabilmente comprende come le ipotesi in cui il suo sindacato poteva essere attivato non erano così eccezionali (afferma infatti che: *“in buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile”*) e che le conseguenze che ne sarebbero potute discendere (*id est* l'uscita dell'Italia dall'UE) sarebbero state eccessive. La Corte in questa occasione afferma che il suo compito in caso di conflitto consisterebbe nel *“verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana”*. Ciò che cambia è che oggetto del sindacato non è più l'adesione dell'Italia ma la costituzionalità degli atti comunitari e che in caso di esito negativo la conseguenza sarebbe la inapplicabilità interna della norma europea incostituzionale. È interessante notare che, al di là della lettura in chiave gerarchica dei rapporti tra i due ordinamenti, entrambe le Corti fanno poi in concreto riferimento a un criterio di coordinamento che corre lungo la linea del riparto di competenze. Orbene, come vedremo in particolare quando ci occuperemo degli artt. 51 e 53 della Carta di Nizza, si tratta di un criterio non adatto alle caratteristiche del sistema sovranazionale stante l'assenza di un ben preciso catalogo di competenze. Inoltre, guardando la questione dal punto di vista della teoria generale del diritto, non è difficile tracciare un parallelismo tra il principio dualistico e il criterio della competenza da un lato, e tra il principio monistico e il criterio della gerarchia dall'altro, elaborati al fine di ordinare in sistema le fonti del diritto. La scelta dualistica fatta dalla Corte costituzionale italiana denoterebbe una predilezione per il criterio della competenza che

In tempi più recenti, altre Corti costituzionali hanno seguito l'esempio dei giudici tedeschi e italiani. Con decisione del 10 giugno 2004 anche il *Conseil constitutionnel*⁸¹ francese si allinea alle posizioni dei predetti colleghi, riservandosi in alcuni casi la possibilità di sindacare la compatibilità del diritto comunitario con la Costituzione francese. Lo stesso ha fatto il *Tribunal consitutional* spagnolo nella decisione del dicembre 2004 sul Trattato costituzionale europeo⁸² o ancora le meno commentate decisioni della Corte costituzionale polacca a proposito del Trattato di allargamento dell'Unione europea del 2003 e della Corte costituzionale della Repubblica Ceca sulla ratifica del Trattato di Lisbona.

In tutte queste decisioni è costantemente affermato il permanere della sovranità statale e della non incisione dei principi costituzionalmente sanciti da parte dei nuovi Trattati. Rimane quindi ben saldo nella giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali il quadro internazionalistico e riemerge, dunque, l'ambiguità della costruzione comunitaria fondata su Trattati di natura internazionale abbinati a limitazioni sempre più incisive della sovranità ma senza che sussista una sovranità comunitaria.

Benché la teoria dei controlimiti non sia mai stata applicata,⁸³ tuttora essa costituisce uno dei punti di maggior attrito teorico nella ricostruzione dei rapporti tra Corti

permette la totale indipendenza dei due sistemi, mentre quella monistica propria della Corte di giustizia rifletterebbe un *favor* per il criterio gerarchico che comporta la subordinazione delle norme nazionali a quelle comunitarie. In realtà adottando una prospettiva strettamente normativistica bisognerebbe concludere con Kelsen che l'unica soluzione ammissibile è quella del monismo con il primato dell'ordinamento maggiore dal momento che anche il dualismo richiede una norma superiore che definisca il riparto di competenze su cui si fonda. vedi H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una teoria pura del diritto* (1920), trad it a cura di A. Carrino, Milano 1989

⁸¹ *Conseil constitutionnel* 10 giugno 2004, n. 2004-496 Dc, *considérant* 7.

⁸² *Tribunal consitutional* dichiarazione n. 1/2004 del 13 dicembre 2004.

⁸³ L'unico caso di reale ricorso all'idea di controlimiti, almeno per quel che attiene il nostro ordinamento, è contenuto nella sentenza 4207/2005 del Consiglio di Stato, è il c.d. caso Federfarma/Admenante, in pratica nel caso di specie il TAR Lombardia in applicazione di una sentenza della Corte costituzionale annulla un bando del Comune di Milano e l'aggiudicazione che ne era conseguita, l'annullamento viene impugnato davanti al Consiglio di Stato anche in ragione del

nazionali e Corte di giustizia nonché tra i relativi ordinamenti, essa infatti costituisce una evidente interferenza della giustizia costituzionale nazionale nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie.

Occorre però chiedersi quanto tale teoria sia ancora compatibile con un sistema europeo sempre più integrato e, soprattutto, se nel conflitto tra primato e tutela dei diritti fondamentali essa possa costituire una accettabile soluzione del problema.

Se guardiamo alle decisioni della nostra Corte di Cassazione ci accorgiamo che la sezione tributaria ha di fatto superato la teoria dei controlimiti; in diverse pronunce⁸⁴ ricorre infatti l'identica affermazione in base alla quale : *“la teoria dei controlimiti, che pure trovava ragionevoli giustificazioni negli anni '70-'80 del secolo scorso, quando il processo di integrazione era nelle fasi iniziali, sembra oggi in aperta contraddizione con il concetto stesso di integrazione quale risulta attualmente anche in ragione della evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia – che ha fornito prove sufficienti di tutela dei diritti fondamentali – e del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente valore vincolante anche nei confronti delle istituzioni europee, al punto che il conflitto tra diritto comunitario e diritto statale non sembra oggi più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato”*.

fatto che la disposizione legislativa così come riformulata dalla Corte costituzionale ledeva alcune disposizioni del Trattato CE (principio di non discriminazione in base alla nazionalità, libertà di stabilimento e libertà di circolazione dei capitali). Ed è proprio in relazione a questa censura che i controlimiti sono stati fatti valere dai giudici di Palazzo Spada per evitare di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia relativamente alla presunta incompatibilità stante che *“non è consentito al giudice nazionale, in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che o vincola all'applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto perché assorbito dalla decisione della Corte costituzionale, incidente nell'area della tutela dei diritti ad essa riservata”*.

⁸⁴ Corte di Cassazione sentenze 23418/2010, 26286/2010, 7659-7660-7661-7663-8108-8817-8818/2012. Queste decisioni sono molto vicine a quanto affermato da G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2009, p. 25.

Ancora, all'indomani dell'approvazione dell'art. 117, comma 1, Cost. si era sostenuto che l'intervenuta costituzionalizzazione del vincolo comunitario implicasse l'accantonamento della teoria dualista, sul presupposto della distinzione nel reciproco coordinamento tra i sistemi nazionale ed europeo; e che pertanto la Corte costituzionale, assai più che su operazioni di delimitazione di confini e di aree riservate e intangibili, come presupponeva la teoria dei controlimiti, dovesse ormai concentrarsi sul bilanciamento fra principi diversi e non gerarchicamente ordinati, ma posti sullo stesso piano e iscritti all'interno di un ordinamento nel suo complesso unitario.⁸⁵

Nei suoi tratti essenziali la dottrina dei controlimiti tende ad escludere che il trasferimento di competenze a favore dell'Unione possa comportare un "inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana".⁸⁶ Il presupposto sostanziale di tale dottrina è dato, quindi, dall'esistenza nel sistema costituzionale interno di un nucleo intangibile di principi o di diritti fondamentali, che costituiscono un argine anche rispetto all'esercizio di poteri trasferiti all'Unione.

Occorre però considerare che tale dottrina è stata elaborata in un panorama giuridico e politico ben diverso da quello attuale. Essa infatti nasceva per rimediare a un evidente squilibrio del sistema sovranazionale nei suoi primi anni di vita dato, come sopra visto, dall'assenza di un meccanismo di tutela dei diritti fondamentali a livello europeo tale da costituire un limite di validità all'esercizio delle competenze dell'Unione. In assenza di un tale sistema, la competenza delle Corti costituzionali

⁸⁵ L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2001 p. 1207, ma in questo senso anche D.U. GALLETTA, *La previsione di cui all'art. 3, comma 1, cpv. 1 della legge di revisione del Titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti*, in *Problemi del federalismo*, 2001, 293 ss.

⁸⁶ Corte costituzionale italiana, sentenza Frontini 183/1973.

nazionali costituiva l'unico meccanismo idoneo ad evitare che il trasferimento di competenze all'Unione si risolvesse in un aggiramento delle garanzie costituzionali interne. Esse, in pratica, rappresentavano la esternalizzazione del sistema di tutela dei diritti fondamentali. Oggi però, come sappiamo, sebbene con i limiti di cui in questo studio ci stiamo occupando, un sistema di tutela dei diritti fondamentali a livello europeo esiste, anche grazie a quel ruolo di promozione che le Corti costituzionali nazionali hanno svolto nel tempo; inoltre è innegabile che l'Unione europea riconosca e garantisca un patrimonio di valori e diritti fondamentali tipico della tradizione giuridica occidentale.

Ecco perché oggi è difficile sostenere che la dottrina dei controlimiti sia ancora giustificata dalla necessità di rimediare all'assenza di una sfera di diritti fondamentali nell'ordinamento europeo, mentre è molto più rispondente al vero che essa oggi sia finalizzata a giustificare l'applicazione dei valori nazionali rispetto a quelli, aventi peraltro un contenuto largamente coincidente, derivanti dal sistema di tutela dei diritti fondamentali interno al sistema europeo; non a caso, questo genere di dottrine vengono definite da Habermas come una forma di *"patriottismo costituzionale"* diretta a tutelare l'identità costituzionale nazionale.

Quanto sopra detto ci fa capire perché parte della dottrina⁸⁷ abbia iniziato ad avanzare dubbi sulla idoneità di tale dottrina ad operare immutata nell'attuale situazione nella quale l'esigenza di assicurare la legalità costituzionale non si contrappone al vuoto giuridico dell'ordinamento europeo in tema di diritti fondamentali. Contrariamente a quanto accadeva al tempo delle sentenze della nostra Corte costituzionale del '73 e dell'84, oggi non solo vi sono sistemi concorrenti di

⁸⁷ E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali, in I controlimiti – primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2016, p. 55

tutela dei diritti fondamentali sia sul piano europeo che nazionale, ma, come vedremo nel prosieguo di questo studio, vi sono anche norme di regolazione dei conflitti, sebbene ancora rudimentali e imperfette.

Una moderna dottrina dei controlimiti non può, come accadeva in passato, pretendere di sindacare una determinata norma dell'Unione in ragione dell'assenza di un parametro di validità costituito dal rispetto dei diritti fondamentali così come garantiti da una determinata Costituzione nazionale. Essa semmai dovrebbe avere ad oggetto l'idoneità del sistema europeo dei diritti fondamentali ad assicurare una efficace e plausibile tutela, in particolare sotto il profilo della idoneità delle norme di conflitto, sia quelle elaborate dalla Corte di giustizia sia quelle adesso cristallizzate nella Carta di Nizza, ad assicurare un equilibrato assetto dei rapporti fra il sistema europeo e quello nazionale di tutela dei diritti individuali.

Ed infatti, il carattere sistemico del conflitto tra sistema nazionale e sovranazionale nel campo della tutela dei diritti fondamentali rende necessario un approccio di tipo globale al problema; da qui l'idea che la soluzione vada ricercata in un criterio tutto interno al piano sovranazionale, in quanto piano comune a tutti i soggetti coinvolti nel conflitto, che assicuri ad un tempo un equilibrio accettabile tra sistemi di tutela antagonisti, un livello soddisfacente di tutela dei diritti e un rispetto effettivo delle peculiarità proprie degli ordinamenti nazionali.

Sarebbe invece inadeguato un approccio analitico che consenta a una Corte costituzionale nazionale di esercitare il proprio sindacato sulla singola norma europea nel caso di specie all'origine di una pretesa violazione del sistema dei diritti, tale approccio, infatti, non considererebbe l'aspetto sistemico dell'apertura dell'ordinamento costituzionale, il quale ha trasferito poteri sovrani all'Unione e finirebbe di fatto con il vanificare gli strumenti dell'integrazione e con l'imporre un

meccanismo di autonomia condizionata, subordinata cioè alla circostanza che il giudizio della Corte di giustizia produca l'esito auspicabile sulla base dell'applicazione del sistema costituzionale interno. Una tale soluzione consentirebbe una "*integrazione à la carte*", come efficacemente da alcuni⁸⁸ definita, tesa, effettivamente, solo alla unilaterale affermazione dei principi e dei valori propri dell'ordinamento nazionale, sacrificando, invece, sistematicamente i valori sovranazionali.

È dunque necessario procedere a un "aggiornamento" dell'istituto dei controlimiti. Una tale dottrina, infatti, assolveva negli anni '70 e '80 allo storico compito di promuovere l'evoluzione del diritto dell'Unione verso livelli di tutela dei diritti vicini a quelli nazionali ed ha, peraltro, dato frutti importanti portando alla elaborazione di quelle clausole dei Trattati, volte proprio a dare risposta alle preoccupazioni dei giudici costituzionali nazionali (in primis ci si riferisce agli artt. 4 e 6 TUE) e tuttavia, il problema che occorre risolvere oggi, è piuttosto quello di determinare i nessi di reciproca compatibilità fra i diversi strumenti di tutela e tra i diversi ordinamenti anche perché, come vedremo meglio in seguito, la rigorosa determinazione dell'ambito di applicazione dei sistemi di tutela nazionali ed europeo deve pur sempre fare i conti con l'impossibile simmetria tra sistemi di tutela dei diritti e norme dell'ordinamento al quale essi appartengono. Pertanto la semplice riaffermazione del primato del sistema costituzionale sembra evocare il ritorno a un mondo giuridico molto semplificato che sembra però appartenere al passato.

Sempre più spesso, infatti, i conflitti che le Corti sono chiamate a risolvere derivano dalla imperfetta simmetria tra le norme-parametro e le norme oggetto dei giudizi di

⁸⁸ E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., p. 56.

validità,⁸⁹ spesso appartenenti a sistemi diversi e rappresentano il riflesso ormai ineliminabile della interconnessione fra ordinamenti che ha definitivamente scardinato il sistema della chiusura ordinamentale che ha, invece, caratterizzato una fase del pensiero giuridico positivista ormai non più attuale. Il puro e semplice ritorno al principio della nazionalità del diritto e, quindi, alla classica dottrina dei controlimiti appare pertanto inadeguato e semplicista. Cosa accadrebbe infatti in Europa se ciascuna Corte costituzionale pretendesse di applicare il proprio parametro di compatibilità con i diritti fondamentali a qualsiasi norma nazionale che attui il diritto europeo o che, variamente, interferisca con la sua applicazione?

Di contro, e non è un caso, le più recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di giustizia (vedi capitoli II e III) sembrano orientate nel senso di far prevalere le ragioni dell'uniformità nell'applicazione del diritto europeo piuttosto che l'esigenza di assicurare il massimo livello di tutela. Da quanto detto si ricava che il sistema europeo non ammette il criterio della tutela più estesa (cioè dell'applicazione della maggior tutela al singolo indipendentemente dall'ordinamento che la assicura) come criterio di soluzione dei conflitti fra sistemi concorrenti, anzi, indica come i diversi sistemi di tutela (nazionale e sovranazionale) operino limitatamente al rispettivo ambito di applicazione secondo logiche di tendenziale esclusività.

Orbene una tale affermazione non deve essere letta come una rinuncia a far valere la tutela dei diritti fondamentali, ed infatti, sebbene il principio del primato non consenta che il sistema europeo venga meno a causa di norme nazionali più garantiste, tuttavia è sempre possibile che le esigenze di una tutela più intensa possano essere recepite e internalizzate nel sistema europeo per altre vie; in primo luogo, certamente, quella politica, ma come abbiamo visto oggi i decisori politici

⁸⁹ E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., p. 57.

tendono sempre più a ritrarsi, ecco perché la via maestra sembra allora quella rappresentata dall'attività interpretativa dei giudici.

Occorre però dar conto del fatto che ancora oggi parte della dottrina non è disposta a rinunciare alla teoria dei controlimiti, questi commentatori vedono infatti nella dottrina in esame l'ultimo baluardo a difesa della identità politica e culturale delle Costituzioni nazionali e, in definitiva, della sovranità degli Stati. Secondo questa parte della dottrina i controlimiti sarebbero dunque strumento di difesa irrinunciabile proprio in considerazione della complessità teorica e del preminente rilievo politico e istituzionale del tema.⁹⁰ Poco importa se il meccanismo si attiverebbe solo in casi eccezionali con conseguenze politiche difficilmente prevedibili e, di fatto, ad oggi dalla sua prima enunciazione oltre quaranta anni fa non è mai stata utilizzata. Come detto, e come ancor più emergerà nel prossimo paragrafo, non si ritiene condivisibile una tesi di questo tipo a causa della visione parziale della problematica in esame che presuppone.

2.1 Il pluralismo costituzionale e il dialogo tra le Corti

Ma, se è vero che i modelli gerarchici tradizionali basati su una realtà bidimensionale in cui ogni ordinamento riconosce supremazia alla propria norma fondamentale senza guardare al di là del proprio sistema non corrispondono più alle esigenze dell'attuale realtà sovranazionale, a quali altri modelli fare riferimento? Le difficoltà ricostruttive derivano, come visto, dal fatto che né gli Stati né l'Unione hanno ormai

⁹⁰ In questo senso G. SCACCIA, "Rottamare" la teoria dei controlimiti?, in *Quaderni costituzionali*, 1/2013, p. 144 e A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2010 p. 871.

piena sovranità e che i loro rapporti difficilmente possono essere ricostruiti alla luce di un principio di competenza che faccia riferimento a una distribuzione di poteri sovrani a somma zero in quanto la peculiare struttura politica dell'Unione (né uno Stato in sé, né un mero insieme di Stati sovrani) fuoriesce dalla tradizionale concezione di organizzazione del potere pubblico.⁹¹

Nonostante siano ancora molti i nostalgici del modello kelseniano che pone al centro una *Grundnorm* dalla quale traggono validità tutte le altre norme, una corretta lettura delle dinamiche integrative dovrebbe oggi portare, a parere di chi scrive, a prendere in considerazione e a valorizzare quanto più possibile la molteplicità di fonti e di centri di potere nonché la diversità dei punti di vista rappresentati dai diversi attori del sistema integrato; del resto, sempre più numerose sono oggi le ricostruzioni che si iscrivono all'interno dell'ampio filone del pluralismo costituzionale.⁹²

Con la nozione di pluralismo costituzionale si fa riferimento a uno scenario caratterizzato dalla coesistenza di diversi poli costituzionali ognuno dei quali reclama la propria autorità senza però prevalere sugli altri.⁹³

Tale ricostruzione, da un lato, sembra⁹⁴ la più indicata a fotografare la realtà attuale, dall'altro, apre la strada al mutuo riconoscimento e al rispetto tra autorità nazionali e

⁹¹ A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, cit., p. 50.

⁹² La tesi evocata appartiene al vastissimo dibattito sul costituzionalismo europeo, per un efficace punto della situazione su questa complessa tematica all'indomani della delusione derivante dal fallimento della Costituzione europea si veda G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, cit., p. 73 ss. Una tesi simile è quella del costituzionalismo multilivello, proposta da I. PERNICE in, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?*, in CMLR, 1999, 703 ss, secondo questo A. la Costituzione europea sarebbe una costituzione composita frutto del coordinamento tra i due diversi livelli costituzionali, nazionale e sovranazionale e infatti l'ordinamento UE in sé è un ordinamento monco che presuppone l'ordinamento statale per esistere, al contempo anche le Costituzioni nazionali rinviano al diritto dell'Unione, Trattati e Costituzioni si comporterebbero quindi come fattori di un sistema costituzionale unico composito e integrato, l'ordinamento-risultato non sarebbe un ordinamento somma ma qualcosa di più, di fatto impossibile da racchiudere in un testo, ma dinamico e aperto, risultato di un processo costituzionale in continuo divenire. La teoria è stata da più parti criticata perché, per quanto qui di interesse, costituirebbe una rappresentazione parziale della realtà trascurando i conflitti esistenti tra i diversi livelli e dipingendo tale sistema come ottimisticamente armonioso.

⁹³ G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, cit., p. 78 e 200.

sovrnazionali pur non ignorando la possibilità (anzi, l'esistenza) di conflitti costituzionali. Conflitti che assumono un rilievo particolare quando vedono coinvolti diritti fondamentali nazionali e norme sovranazionali proprio come nei casi presi in considerazione da questo studio.

Una ricostruzione di questo tipo, inoltre, ha il vantaggio di non tradire, anzi, di rispettare in pieno le ragioni storico-politiche che si trovano alla base dei Trattati istitutivi e di cui si è detto sopra. Una struttura ispirata al pluralismo costituzionale offre, infatti, la possibilità di superare i pericoli di una sovranità nazionale esasperata attraverso un mutuo sistema di controlli e bilanciamenti tra ordinamenti nazionali e sovranazionali all'interno di un sistema omnicomprensivo.⁹⁵

Le diverse tesi pluralistiche proposte dalla dottrina cui sopra si faceva riferimento hanno una radice comune⁹⁶ che, ridimensionando il concetto di sovranità, si libera della lettura monistica del fenomeno dell'integrazione e ridefinisce i sistemi nazionali e sovranazionale come “*interacting system*”; ne consegue l'abbandono dell'approccio gerarchico e la valorizzazione della diversità dei punti di vista che caratterizza la convivenza tra attori operanti nei diversi poli costituzionali, una diversità di punti di vista che porta con sé quale conseguenza inevitabile il sorgere di conflitti costituzionali quale conseguenza della sovrapposizione tra norme nazionali

⁹⁴ A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, cit., p. 67.

⁹⁵ J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, p. 341 al centro del progetto europeo ci sarebbe il tentativo di controllare gli eccessi dei moderni Stati in Europa, la loro propensione ai conflitti violenti e l'inabilità del sistema internazionale di contenere detta propensione. L'UE si pone come un antidoto ai tratti negativi propri degli Stati. I sistemi costituzionali tradizionali si basavano sulla divisione dei poteri, finalizzata al controllo reciproco delle diverse istituzioni; allo stesso modo nel modello attuale si verificherebbe una limitazione dei poteri statali ad opera degli altri Stati, così limitando i potenziali eccessi di sovranità (anche se costituzionalmente consentiti) dei Paesi membri attraverso la creazione di una più larga comunità sovranazionale secondo quello che era lo scopo del progetto di integrazione europea. In tal modo il potere degli Stati membri sarebbe frammentato e alcune funzioni statali sarebbero allocate a livello sovranazionale. Il progetto di integrazione dovrebbe portare a una trasformazione non solo per gli Stati nella loro interazione con il livello sovranazionale, ma anche per gli Stati nei loro rapporti tra loro, in questo senso è da leggere l'importanza sempre maggiore riconosciuta al principio di leale collaborazione.

⁹⁶ N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State e Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in The European Commonwealth*, Oxford, 1999.

e sovranazionali a tutela dei diritti stante l'assenza di una regola rigida e predeterminata la cui applicazione sia idonea a regolare il conflitto, pertanto, qualunque modello concettuale dovrebbe stabilire come gestire questi conflitti tuttavia assicurando abbastanza stabilità da prevenire un collasso del sistema.⁹⁷

È proprio sulla ricomposizione o almeno gestione dei conflitti che le diverse scuole di pensiero poi si dividono pur restando sempre ben presente l'idea di fondo della pluralità.⁹⁸

Vista la loro natura fluida, le ricostruzioni pluralistiche enfatizzano il ruolo dei giudici dei diversi livelli in quanto organi capaci di razionalizzare la pluralità dei centri di potere mediante la mediazione tra valori conciliabili ma differenti; in questi modelli, infatti, più che il dato normativo risulta centrale il momento interpretativo dello stesso.⁹⁹

Un sistema del genere, basato sull'esaltazione dell'idea eterarchica, potrebbe apparire eccessivamente precario (se non frammentato e incoerente come arrivano ad

⁹⁷ N. MACCORMICK, in *Questioning Sovereignty*, cit., p. 102, propone un approccio pluralistico ai rapporti tra sistemi legali all'interno dell'Unione. Egli definì il pluralismo costituzionale come una situazione nella quale sussistono diversi piani normativi, ciascuno con un funzionamento costituzionale, non gerarchicamente ordinati. Vi è un mutuo riconoscimento della validità di ogni ordinamento ma tale riconoscimento si fonda su differenti basi. In questo sistema pluralistico l'autore propone di applicare i principi del diritto internazionale ("*pluralism under international law*"). Questo modello concepisce il sistema legale UE e nazionale come sistemi autoreferenziali, non costituzionalmente dipendenti l'uno dall'altro, capaci di interagire tra loro non secondo una logica gerarchica e soggetti al diritto internazionale che entra in azione in caso di conflitti *sub specie* di arbitrato o giudizio internazionale.

⁹⁸ Si veda G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, cit., p. 73 ss. sopra citato.

⁹⁹ In questo senso M. LUCIANI, in *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html#sdfootnote73sym, osserva in modo critico che questa operazione svaluta la decisione politica a tutto vantaggio di una visione aristocratica che consegna al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo alle istanze decisionali democratiche. Da qui le critiche mosse contro la Corte di giustizia spesso accusata di attivismo giudiziale. È anche da dire che altri autori come M. P. MADURO in *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, p. 502, ritengono che l'attività interpretativa sia un'attività collettiva demandata tanto alle Corti quanto agli organi politici, questa prospettiva permetterebbe di superare l'eccesso di attenzioni nei confronti delle attività dei giudici europei dando rinnovato spazio al costituzionalismo politico come auspicato da diversi autori, ad esempio M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il "Political" e il "Popular" Constitutionalism*, in *Quaderni Costituzionali* 2010, p. 733 ss.

affermare alcuni autori)¹⁰⁰ e tuttavia un convinto filone dottrinario¹⁰¹ ritiene che lasciando aperte le questioni di principio, il pluralismo apporterebbe all'attuale sistema la flessibilità necessaria a conciliare le opposte posizioni che si giustappongono nel sistema sovranazionale senza mai riuscire a prevalere l'una sull'altra. Lasciando le questioni di principio aperte, infatti, la struttura pluralista limita l'antagonismo tra le diverse istituzioni coinvolte e consente loro di raggiungere una fase in cui esse potrebbero beneficiare reciprocamente di una relazione cooperativa.

Da altro punto di vista si osserva che l'elemento della elasticità e fluidità che caratterizza i modelli pluralisti oltre che più funzionale e realistico di altri nell'attuale quadro giuridico, come ritenuto dalla dottrina sopra riportata, costituisce probabilmente una delle poche vie materialmente percorribili nel complesso e sempre più conflittuale quadro politico che caratterizza l'attuale Europa, tanto più che i decisori politici si mostrano sempre più restii a prendere posizioni forti nell'attuale contesto politico-sociale.

Si consideri ad esempio cosa è accaduto nel passaggio tra il Trattato costituzionale e il successivo trattato di Lisbona proprio con riferimento al principio del primato.

Nel 2004, in occasione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa vi è stato un tentativo di disciplinare espressamente il principio del primato, l'articolo 16 di detto Trattato prevedeva infatti che:

¹⁰⁰ J. BAQUERO CRUZ, in M AVBELJ-J. KOMAREK (eds.), *Four Visions of Constitutional Pluralism*, EUI Working Paper, 2008/21, p. 7, l'A. annovera il pluralismo costituzionale nella ambigua categoria del postmodernismo giuridico.

¹⁰¹ N. KRISH, *The Open Architecture of Human Rights Law*, 71 *The Modern Law Review*, 2008, p. 214-5, è da precisare che l'A. pur partendo dalle stesse premesse degli altri "pluralisti", considera l'espressione "pluralismo costituzionale" un vero e proprio ossimoro ritenendo pluralismo e costituzionalismo frutto di approcci differenti e antitetici, quest'ultimo sarebbe un concetto strutturalmente gerarchico e rigido mentre il pluralismo sarebbe più fluido e rispettoso delle diverse identità caratterizzanti il contesto postnazionale, fatta questa precisazione, i vantaggi che l'A. ritiene connessi a questa teoria farebbero riferimento proprio all'aspetto pluralistico.

”La Costituzione e le norme dettate dalle istituzioni dell’Unione nell’esercizio delle competenze loro conferite devono avere primazia rispetto alla legge degli Stati membri.”

Sebbene tale disposizione lasciasse dei margini di incertezza (soprattutto a proposito del fatto che non veniva chiarito se la nozione di ”legge” includesse o meno le norme interne di rango costituzionale) tuttavia si trattava innegabilmente di uno dei più coraggiosi tentativi di positivizzare uno dei principi tanto fondanti quanto controversi dell’ordinamento europeo. L’inserimento di una clausola di tale portata, però, fallì insieme con il progetto di una Costituzione europea e, con il successivo progetto di mandato della conferenza intergovernativa che si sarebbe svolta dal 23 luglio al 18 ottobre 2007 adottato dal Consiglio europeo di giugno del 2007 e allegato alle conclusioni del Consiglio, questa clausola non fu riproposta ma semplicemente si stabilì all’art I-3 che:

“Per quanto riguarda il primato del diritto dell’UE, la CIG adotterà una dichiarazione contenente un richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE.”

Inoltre, in nota, si precisò che:

”Benché l’articolo sul primato del diritto dell’Unione non figurerà nel TUE, la CIG adotterà la seguente dichiarazione: “la conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dell’UE, i trattati e il diritto adottato dall’Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza.”

Questa soluzione, che certo non ha la stessa autorità che avrebbe avuto una previsione espressa inserita nel Trattato, ci permette di trarre due utili informazioni; la prima è che il principio contenuto in *Costa* è confermato dal Consiglio europeo e

la seconda è che i negoziatori in seno al Consiglio del 2007 probabilmente non riuscirono a raggiungere un accordo su questo punto probabilmente anche in ragione del fatto che gli Stati membri non sono sempre stati disposti ad accettare il primato del diritto europeo senza riserve. È infatti difficile credere che una clausola di questo tipo sia stata semplicemente dimenticata.

L'assenza, anzi, ancor peggio, la cancellazione della clausola in esame, evidenzia l'indietreggiamento della politica su questioni tanto vitali quanto delicate relative ai rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale.¹⁰² Una ritirata che lascia sia sul piano politico sia su quello giuridico un vuoto che, alle condizioni attuali, può essere colmato soltanto dagli organi giurisdizionali.

Il vuoto lasciato dalla componente politica e la struttura eterarchica all'interno della quale ci muoviamo che, come visto, accetta l'esistenza di differenti punti di vista, rinuncia alla ricerca di un perfetto ordine gerarchico, ed è consapevole che la relazione tra i diversi piani è e resta conflittuale, fanno sì che strumento fondamentale per il assicurare la tenuta e la coerenza della realtà giuridica attuale sia rappresentato dal "dialogo tra le Corti". L'interpretazione del diritto europeo non può avere, infatti, un solo autore ma al contrario deve essere frutto di un'opera cui tutti gli attori in gioco contribuiscono coordinando le loro rispettive prese di posizione in modo tale che le soluzioni date siano coerenti.

Ai nostri fini, occorre qui brevemente occuparsi del dialogo in quanto esso costituisce presupposto irrinunciabile perché possano trovare reale attuazione i due

¹⁰² A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, cit., p. 56 e M. CLAES, *The National Courts' Mandate*, cit., p. 655 e 675. È da dire, però, che almeno in occasione del dibattito che ha preceduto il sorgere del progetto di Costituzione per l'Europa, questo genere di questioni è uscita fuori dalle aule giudiziarie e dalle università per divenire oggetto di dibattito politico. Anche in ragione della necessità di riforme istituzionali resesi necessarie a seguito dell'aumento del numero di Paesi membri, da un lato, e del crescere del disincanto dei cittadini nei confronti dell'unione, dall'altro, la politica si è resa conto per la prima volta che non poteva più sottrarsi al compito di affrontare queste tematiche.

strumenti di conciliazione dei conflitti tra diritti fondamentali e diritto europeo che verranno proposti nel Capitolo III, quanto detto risulterà particolarmente chiari quando esamineremo il ruolo ricoperto dal dialogo nell'applicazione dell'art. 4.2 TUE in materia di rispetto delle identità costituzionali nazionali.

Perché in caso di conflitto tra norme di fonte sovranazionale e diritti fondamentali di matrice costituzionale il sistema possa correttamente funzionare, occorre, infatti, che le Corti di entrambi i sistemi prendano sul serio i valori e gli interessi dell'altro.¹⁰³ A tal fine i giudici di dovrebbero impegnarsi in un dialogo, nel quale le Corti supreme nazionali siano disposte a sottoporre alla Corte di giustizia le questioni controverse tramite rinvio pregiudiziale e non le risolvano in solitudine e la Corte di giustizia, di contro, mostri buona volontà nell'ascoltare gli interessi costituzionali evidenziati dagli interlocutori nazionali.¹⁰⁴ In particolare la Corte di Lussemburgo dovrebbe riconoscere un importante ruolo alle Corti nazionali e alle carte fondamentali nazionali nell'applicazione del diritto UE.¹⁰⁵

Solo così, rafforzando il dialogo con una “modestia” che sia condivisa e che ben si attagli alla dialettica e alla molteplicità, sarà possibile realizzare, come detto nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, “una unione più stretta dei popoli europei che condividano un futuro di pace basato su valori comuni di cui in ultima istanza beneficino gli individui che sono il cuore delle funzioni dell'Unione”.

In un sistema privo di una gerarchia, occorre, infatti, che le “supremazie” esistenti dimostrino di essere in grado di convivere e, se anche giungono a scontrarsi –

¹⁰³ M. CARTABIA, “*Taking dialogue seriously*”, *Jean Monnet working paper*, 12/2007.

¹⁰⁴ S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Oxford, 2014, p. 1567.

¹⁰⁵ Come vedremo meglio nelle pagine seguenti, la Corte ha di recente perso alcune importanti occasioni per mettere in pratica un dialogo effettivo e costruttivo nonostante, peraltro, l'invito spesso in tal senso rivolto dall'Avvocato Generale chiamato a rendere le proprie conclusioni, si fa riferimento ai casi C-122/13 Melloni, C-213/07 Michaniki e C-127/07 Arcelor.

esperienza non necessariamente negativa – sappiano contenere la contesa entro limiti che consentano loro di non distruggersi a vicenda; per questo motivo le diverse Corti sono chiamate a riconoscersi vicendevolmente, calibrando in modo autonomo, ma adeguato, i loro reciproci pesi specifici.¹⁰⁶

Orbene, ma cosa si intende per dialogo? La nozione di dialogo è piuttosto ampia,¹⁰⁷ in realtà con tale termine si fa riferimento a diversi meccanismi di interazione tra i giudici interni e la Corte di giustizia (in genere si tende a inserire nel circuito anche la Corte EDU ma tale organo non è rilevante, se non indirettamente, ai fini del presente studio). Certamente perché possa sussistere un dialogo occorre che vi siano: simmetria tra gli interlocutori (cioè non vi sia prevalenza di uno degli interlocutori sugli altri), mutuo riconoscimento e rispetto tra essi e, soprattutto, esistenza di una competizione interpretativa che è tipica di un sistema caratterizzato dalla presenza di molteplici livelli costituzionali all'interno del quale manca una chiara sovranità interpretativa.

In base al diverso grado di intensità che caratterizza il contatto tra le Corti possiamo distinguere forme di dialogo diretto e forme di dialogo indiretto (o “nascosto” come da alcuni definito).¹⁰⁸ Nella prima categoria rientra il rinvio pregiudiziale ex 267

¹⁰⁶ L. VIOLINI, *I precari equilibri di un sistema giudiziario multilivello: i confini tra potere giudiziario nazionale e giudici europei in Germania*, in N. ZANON, V. ONIDA (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006 p. 523.

¹⁰⁷ Cfr. Torres Perez, p. 118-30 secondo la quale perché vi sia dialogo occorre: che ci siano opinioni contrapposte sul significato da attribuire alle norme, che vi sia una base comune che consenta di comprendersi reciprocamente, che nessuno dei partecipanti abbia una piena autorità sugli altri, che i partecipanti si percepiscano come parti di un sistema comune all'interno del quale i membri si riconoscono reciprocamente e si rispettano gli uni gli altri, che ciascuno abbia le stesse opportunità di partecipare al dialogo degli altri. La nozione non è stata condivisa da tutti i commentatori, per DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010, p. 97, si tratta di una definizione fuorviante e confusa.

¹⁰⁸ Questo tipo di dialogo tra Corti viene definito “nascosto” in quanto non è formalizzato dalla lettera dei Trattati, dunque non è codificato; esso inoltre è nascosto perché rappresenta un canale di dialogo alternativo se comparato con la via ufficiale del rinvio pregiudiziale, cfr. G. MARTINICO, *Judging in the multilevel legal order: Exploring the techniques of “hidden dialogue”*, in *King's Law Journal*, 2009, 311.

TFUE, nella seconda tutte le altre forme di dialogo nel tempo messe a punto dai giudici.

Dal punto di vista delle Corti nazionali, infatti, ci sono due vie per interagire con i giudici di Lussemburgo, una è quella ufficiale di cui all'art. 267 TFUE, meticolosamente disciplinata dalle norme di livello sovranazionale e interamente governata dalla Corte di giustizia, l'altra è la via parallela e informale, certamente più discrezionale, all'interno della quale sia la procedura che i risultati possono essere negoziati.

L'atteggiamento assunto dalle Corti interne varia sensibilmente a seconda che si tratti di *low court* o di *high court*.¹⁰⁹ Le prime, infatti, hanno subito accolto con favore e ampiamente utilizzato lo strumento di cui al TFUE in quanto hanno visto nel rinvio pregiudiziale una tecnica per aumentare le loro opportunità interpretative; al contrario, le Corti "alte" e in particolare le Corti costituzionali hanno storicamente preferito le forme di dialogo indiretto, ciò discende, chiaramente, dal loro *status* di guardiani delle carte costituzionali e dalla percezione che esse hanno di se stesse non come giudici ordinari ma come decisori finali che non possono partecipare alle competizioni ordinarie stante la loro particolare missione ed autonomia funzionali all'autonomia stessa delle loro Costituzioni; al di là del fatto che oggi molte si sono aperte al rinvio pregiudiziale, come in seguito si dirà, ciò non significa che esse si siano del tutto sottratte al dialogo.¹¹⁰

Una delle tecniche di dialogo indiretto più significative e spesso praticata dalle Corti superiori è rappresentata dalle ipotesi di doppia pregiudizialità. Con il termine doppia

¹⁰⁹ G. MARTINICO, *The tangled complexity of the EU constitutional process, the frustrating knot of Europe*, Londra, 2013, p. 127

¹¹⁰ In tal senso anche le (dure) reazioni delle Corti costituzionali tedesca e italiana all'affermazione del primato assoluto sono state incluse tra le interazioni rientranti nel concetto di "dialogo nascosto". R. A. GARCÍA, *The general provisions of the Charter of fundamental rights of the European Union*, *Jean Monnet Working Paper* 4/0, p. 12 e G. MARTINICO, *The tangled complexity of the EU constitutional process*, cit. p. 126.

pregiudizialità si fa riferimento¹¹¹ a quei casi in cui il giudice nazionale propone il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e, allo stesso tempo, solleva la questione di costituzionalità davanti alla propria Corte costituzionale;¹¹² ciò è possibile nel caso in cui una norma nazionale sia strettamente connessa ad un'altra questione oggetto di rinvio pregiudiziale.

In queste ipotesi i due giudizi sono contemporaneamente pendenti davanti ai due organi giurisdizionali e, pertanto, entrambe le Corti (nazionale e sovranazionale) sono contemporaneamente interessate della medesima questione, ciò fa sì che la Corte costituzionale possa strategicamente attendere il giudizio dell'altra prima di esprimersi. In questo modo la Corte interna rimette ai giudici sovranazionali il rischio di scatenare uno scontro tra giurisdizioni il che può essere letto, in positivo come, un tentativo di evitare un tale pericolo e una occasione di dimostrare la maturità del sistema EU in materia di diritti fondamentali e, con occhio più smaliziato, come un modo per mettere pressione¹¹³ alla Corte di giustizia in casi sensibili in cui sarebbe potenzialmente possibile la violazione di diritti costituzionalmente tutelati.

Altro vantaggio è che, se la decisione sovranazionale risulta conforme al punto di vista del giudice nazionale, la Corte costituzionale può dar seguito alla decisione

¹¹¹ M. CARTABIA, *Il processo costituzionale: l'iniziativa. Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in FI 5, 1997, 222 e similmente in M. CARTABIA, *Taking dialogue seriously*, cit., p. 12.

¹¹² Il rinvio pregiudiziale e la questione di legittimità costituzionale rappresentano certamente due procedure differenti per scopo, oggetto ed effetto e tuttavia, dal punto di vista del giudice comune, esse possono essere usate entrambe per ottenere lo stesso risultato, *id est* escludere l'applicazione di una norma nazionale a seguito della pronuncia di una delle due Corti. Un caso italiano in cui si è verificata la doppia pregiudizialità e che è stato sfruttato al meglio dalla Corte costituzionale italiana la quale prima di esprimersi ha atteso che la decisione della Corte di giustizia è stato il caso Berlusconi nel quale a venire in rilievo era il principio del *favor rei*, la Corte di giustizia affermò che il principio della irretroattività della norma penale peggiorativa andava riaffermato in quanto principio appartenente alle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri (v. ordinanza Corte costituzionale 165/2004 e sentenza Corte di giustizia, Grande sezione; del 3 maggio 2005 Berlusconi e altri. procedimenti riuniti C-387/02 C-391/02 C-403/02).

¹¹³ Una "pistola sul tavolo" come efficacemente detto da G. MARTINICO, *The tangled complexity of the EU constitutional process*, cit., p. 133

della Corte di giustizia senza esporsi direttamente e, allo stesso tempo, senza rinunciare alla propria autonomia e alla supremazia della propria Carta fondamentale, mentre se l'opinione dell'organo di giustizia europeo non dovesse coincidere con quella dei colleghi dello Stato membro, i giudici costituzionali possono prendere una decisione autonoma senza ribellarsi apertamente alla decisione sovranazionale che, invece, la vincolerebbe direttamente se fosse stata lei stessa ad attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Oltre alle tecniche indirette, come dicevamo prima, esiste anche un dialogo diretto tra Corti affidato al meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE che certamente rappresenta una delle forme più significative di interazione tra gli organi giudiziari dei diversi livelli.

È stato significativamente osservato¹¹⁴ che il vero tratto caratteristico del sistema UE, ancor più del principio del primato, è rappresentato dall'apparato che ne assicura l'implementazione e in particolare dal sistema del rinvio pregiudiziale. A conferma, nel parere 2/2013, al punto 176 la Corte a proposito del rinvio pregiudiziale significativamente dice: *“la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita dal rinvio pregiudiziale previsto dall'art 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati.”*

¹¹⁴ J. B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or an inkblot?*, in Jean Monnet Working Paper 4/01, § 4.1

Quanto detto è tanto più vero quando ad attivare il meccanismo è una Corte costituzionale stante il “peso” dell’interlocutore che si rivolge ai giudici di Lussemburgo.

Come visto, tradizionalmente le Corti costituzionali hanno preferito condurre il gioco al di fuori del rinvio pregiudiziale per le ragioni sopra indicate; molte di esse tuttavia, in tempi più recenti hanno progressivamente accettato anche il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Per quanto riguarda la nostra Corte costituzionale, dopo aver ostinatamente rifiutato l’accesso diretto alla giurisdizione comunitaria tramite il procedimento di cui all’art. 267 TFUE (si veda, ad esempio, l’ordinanza n. 536/1995), essa ha deciso di aprirsi all’uso di questo strumento inizialmente solo in caso di giudizi in via principale (si veda ordinanza n. 103/20089 e, successivamente, anche nei giudizi in via incidentale (si veda l’ordinanza n. 207/2013)).¹¹⁵

¹¹⁵ Per un approfondimento sul tema v. M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011 p. 88. Quanto al sistema italiano è in particolare da osservare che sebbene siano in genere i giudici comuni i principali custodi della corretta applicazione del diritto europeo, se non altro da un punto di vista quantitativo, residuano tuttavia delle ipotesi in cui la Corte costituzionale è chiamata in prima persona ad occuparsi di diritto europeo. Ciò accade nei giudizi in via principale, nei giudizi che coinvolgono direttive o normative non direttamente applicabili, nei giudizi che riguardano norme attuative del diritto comunitario. In tutti questi casi è astrattamente possibile un rinvio direttamente da parte dei Giudici della Consulta. Come accennato, inizialmente la nostra Corte aveva escluso una tale possibilità. L’opinione della Corte sul punto viene espressa per la prima volta nella sentenza 206/1976, successivamente con la decisione 168/1991 la Consulta faceva registrare un primo cambiamento di rotta affermando, sia pure incidentalmente, che nell’ambito dell’interpretazione del diritto comunitario ad essa spettava la facoltà di sollevare la questione pregiudiziale, sebbene poi di tale facoltà non avesse mai fatto uso. La dottrina aveva accolto con favore l’apertura ma allo stesso tempo aveva sottolineato la difficoltà di configurare il rinvio ex 267 TFUE in termini di facoltà. L’articolo citato infatti stabilisce che i giudici di ultima istanza sono tenuti a sollevare la questione pregiudiziale e la Corte costituzionale è certamente da considerare organo di ultima istanza del nostro ordinamento in quanto avverso le sue decisioni non è dato altro rimedio. Con sentenza 536/1995 la Corte ha nuovamente negato la possibilità di adire la Corte di giustizia in quanto ha ritenuto di non avere i requisiti necessari per essere considerata una giurisdizione nazionale in base a quanto statuito dall’art. 267 TFUE (allora art. 177 del Trattato). La giurisprudenza successiva della Corte ha incoraggiato però ogni forma di collaborazione indiretta con la Corte di giustizia pur mantenendo ferma l’estraneità a ogni forma di dialogo diretto. Con l’ordinanza 103/2008 la Corte italiana ha infine compiuto lo storico passo rivolgendosi essa stessa alla Corte di giustizia nell’ambito di un giudizio in via principale avente ad oggetto una legge della regione Sardegna (si trattava di verificare la compatibilità della legge regionale con la disciplina sovranazionale in materia di aiuti di stato e libertà di prestazione di servizi). Nell’ordinanza citata è possibile leggere che “*la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell’ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell’art. 234, terzo paragrafo, del trattato CE [oggi 267 TFUE] e in particolare una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell’art. 137, terzo comma, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione)*”. La Corte,

La Corte italiana si è infatti nel tempo accorta che sottrarsi all'obbligo di adire i giudici lussemburghesi se, da un lato, manteneva intatto il suo status e la sua autonomia, dall'altro, le impediva di partecipare in maniera davvero incisiva al dialogo che intanto continuava a svilupparsi e ad andare avanti.

Interessante in questo senso è l'osservazione fatta nelle sue conclusioni relative a un rinvio operato dalla Corte costituzionale belga dall'Avvocato Generale R. J. Colomer¹¹⁶ il quale manifestava la speranza che anche le altre Corti costituzionali ancora riluttanti ad accettare le loro responsabilità come Corti europee seguissero l'esempio della Corte belga, da sempre aperta a questo tipo di procedura, e ingaggiassero un dialogo forte con il livello sovranazionale in quanto ciò "[avrebbe gettato] *le fondamenta per una discussione di respiro generale sulla tutela dei diritti fondamentali a livello di Unione europea*".

La *competitività interpretativa*, che massimamente emerge nell'ambito del meccanismo citato, non soltanto non è da intendere in senso necessariamente negativo, ma, anzi, è funzionale, a parere di chi scrive, a far emergere quanto di meglio esiste nei diversi sistemi giuridici che compongono l'Unione e, sul lungo periodo, ciò può favorire una sorta di convergenza tra la posizione originaria degli interlocutori e

quindi, in questo caso supera i suoi precedenti orientamenti non rinunciando tuttavia a sottolineare la differenza tra i giudizi in via principale e quelli in via incidentale, con il chiaro intento di mantenere fermi i principi da tempo consolidati nella giurisprudenza costituzionale che esigono che nell'ambito dei giudizi incidentali sia innanzitutto il giudice *a quo* a risolvere eventuali dubbi interpretativi in materia di diritto comunitario, anche mediante rinvio, prima di rivolgersi alla Corte costituzionale, pena l'inammissibilità della relativa questione di legittimità costituzionale. Mentre invece, nei giudizi in via principale, sussiste la legittimazione della Consulta a proporre rinvio pregiudiziale in quanto in tali giudizi, a differenza di ciò che accade nei giudizi incidentali, la Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia, pertanto ove il rinvio in tali casi non fosse possibile sarebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto europeo quale interpretato dalla Corte di giustizia. Infine, con l'ordinanza 207/2013 la Corte costituzionale italiana solleva la sua prima questione pregiudiziale in via incidentale, si tratta di un vero e proprio *overruling*, secondo i primi commentatori si tratta di una decisione che dà compiuta attuazione alla giurisprudenza *Granital* che prevede il giudizio di legittimità costituzionale in caso di conflitto tra norme europee prive di effetto diretto e norme italiane e dà nuovo significato all'art. 117, comma 1, Cost. valorizzandolo nel contesto costituzionale post-nazionale e pluralista.

¹¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale del 12 settembre 2006 nel caso *Advocaten voor de Wereld VZW*, C-303/05.

può permettere alle Corti costituzionali di interagire con la Corte di giustizia su un piano di totale simmetria.

A parere di chi scrive, solo prendendo coscienza della struttura pluralista che caratterizza l'ordinamento sovranazionale e cercando di mitigare le diverse posizioni attraverso lo strumento del dialogo è possibile poi elaborare degli strumenti che sul piano sostanziale permettano di raggiungere un punto di equilibrio in caso di conflitto tra tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti e diritto europeo.

Questo argomento occuperà il Capitolo III del presente lavoro, prima però di ragionare su questi strumenti, occorre preliminarmente esaminare gli elementi di diritto positivo presenti a livello sovranazionale che entrano in gioco in materia di tutela dei diritti fondamentali; ci si riferisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, alle sue disposizioni finali.

Capitolo II

Sulla possibilità di applicare il diritto europeo piuttosto che i più alti livelli di tutela nazionali dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona. Il dato positivo contenuto nella Carta di Nizza.

Sommario. Scopo del capitolo. 1 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 2 L'art. 53 della Carta e la minaccia al diritto del primato. 2.2 La risposta della Corte: la sentenza Melloni. 3. L'ambito di applicazione della Carta. 4. Brevi riflessioni sulla natura della Corte di giustizia a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. 5. Il parere 2/13 della Corte sul progetto di adesione alla CEDU: l'autonomia e il primato del diritto europeo come argine agli attacchi esterni

Scopo del capitolo

Cosa cambia nella tensione tra diritti fondamentali e primato del diritto dell'Unione a seguito della comunitarizzazione della Carta di Nizza? Il principio del primato è minacciato dal nuovo assetto “costituzionale” definito dal Trattato di Lisbona e dalla Carta? L'adozione della Carta minaccia (ulteriormente) lo spazio interpretativo delle Corti costituzionali nazionali in materia di diritti fondamentali?

Sono questi i temi che ci occuperanno nel presente capitolo il cui scopo è quello di operare una ricognizione delle norme di diritto positivo che principalmente interessano il tema del conflitto tra primato e tutela dei diritti fondamentali in maniera tale da avere tutti gli elementi per poi poter procedere, nel capitolo

successivo, alla elaborazione di quelli che si ritengono gli strumenti allo stato attuale più efficaci per regolare questi conflitti.

Nel far ciò si darà gran peso alle recenti decisioni della Corte di giustizia relative agli artt. 51 e 53 della Carta che si ritiene siano importanti non solo per l'interpretazione che forniscono di dette norme ma anche perché costituiscono una importante cartina di tornasole rispetto agli assetti che l'ordinamento sovranazionale sta assumendo in materia di tutela dei diritti.

1. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Abbandonato l'ambizioso progetto di dotare l'Unione di una Costituzione, a causa del voto negativo espresso dal popolo francese e da quello dei Paesi Bassi alla ratifica della Costituzione in due consultazioni referendarie svoltesi il 29 maggio e il 1° giugno 2005, il compito di traghettare l'Europa verso la sua nuova stagione è stato affidato dai Paesi membri al Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Tale Trattato prevede importanti modifiche rispetto al passato, in primo luogo la riorganizzazione dei Trattati che restano due e che prendono il nome di TUE e TFUE e soprattutto, per quanto attiene al presente lavoro, l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE).¹¹⁷

La prima domanda che occorre porsi a proposito della Carta è perché si sia sentita l'esigenza di concepire questo ulteriore catalogo dei diritti e quale sia la sua funzione.

In effetti, la compilazione di un catalogo tutto comunitario dei diritti fondamentali è stato visto come un passo avanti sulla strada dell'integrazione europea finalmente non più finalizzata soltanto a obiettivi di natura economica e sociale ma strumentale ormai anche alla costruzione di un vero e proprio ordinamento costituzionale. La

¹¹⁷ Circa il valore di questi nuovi Trattati parte della dottrina li ha visti come un ulteriore passo avanti verso il consolidamento di un costituzionalismo europeo compiuto possibile anche in queste forme in ragione della natura consuetudinaria del processo di integrazione europea, in ciò molto differente dal costituzionalismo classico degli Stati nazionali. In questo senso v. A. RUGGERI, *Carta europea dei diritti fondamentali e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale*, in AAVV, *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003. Altra parte della dottrina è invece più cauta e vede nelle recenti modifiche poco più di una riorganizzazione normativa che, di fatto, poco incide in termini sostanziali sulla questione della legittimazione costituzionale dell'ordinamento europeo, pur apprezzando la positivizzazione dei diritti che sposta indubbiamente in avanti il processo di integrazione; vedi in questo senso M. FIORAVANTI, *Un ibrido fra Trattato e Costituzione*, in E. PACIOTTI (a cura di) *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003.

dottrina più filouropeista ha salutato questo gesto come un “atto genuinamente costituzionale”¹¹⁸ con il quale l’Unione europea poneva in modo forte i diritti dell’uomo al centro del proprio sistema.

È stato altresì osservato che i diritti riconosciuti nella Carta non costituiscono soltanto un limite all’azione delle istituzioni europee e degli Stati membri ma ad essi va riconosciuta anche una funzione promozionale e proattiva della tutela dei diritti.

Non sfugga peraltro che, nel corso degli anni, le competenze dell’Unione si sono andate espandendo e sono state incluse nuove materie e tra queste alcune molto sensibili rispetto alla tematica dei diritti fondamentali come i temi dell’immigrazione e dell’asilo, della sicurezza e della *privacy* che oggi costituiscono una significativa parte del *corpus* normativo europeo; ciò ha certamente influito sulla necessità di riconoscere, anche a livello di diritto positivo, un ruolo di maggior rilievo ai diritti fondamentali. Ovviamente neppure le materie tradizionali, come la copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia non ha mancato di dimostrare, sono risultate scevre da implicazioni con i diritti fondamentali i quali permeano, di fatto, ogni ambito giuridico moderno. Pertanto, dopo il Trattato di Lisbona, è confermato che ogni atto normativo dell’Unione (e non solo, come diremo in seguito) deve essere conforme ai diritti fondamentali, deve essere interpretato alla luce della Carta e può essere cassato dalla Corte sovranazionale in caso di violazione di tali diritti.

Il valore da riconoscere all’adozione della Carta va letto anche alla luce di quanto previsto nel nuovo TUE che, sia nel preambolo sia nell’art. 2,¹¹⁹ insiste sul fatto che

¹¹⁸ M. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p.1 ss e D.32-3 Per un approfondimento sul ruolo della Carta nel processo costituzionale dell’Unione europea si veda S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2012, p. 541,

¹¹⁹ Preambolo del TUE: “*ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell’Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza e dello Stato di diritto*” e poco oltre “*confermando il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell’uomo e*

il sistema sovranazionale è fondato su valori condivisi dagli Stati membri che costituiscono patrimonio comune che l'Unione intende affermare e promuovere. Si può notare, inoltre, che nell'elenco del citato art. 2 non sono annoverati tra i valori comuni le quattro libertà fondamentali proprie del mercato comune (libera circolazione di persone, merci, capitali e servizi); ciò non significa che a tali libertà non vada più riconosciuto il ruolo o l'importanza che esse hanno sempre avuto, esse infatti continuano a costituire il motore dell'Unione, e tuttavia tale assenza sembra certificare un maggior peso da riconoscersi ai valori elencati in quanto comuni e potrebbe portare a un superiore livello di considerazione di questi valori come componenti essenziali (e limiti) nell'esercizio delle stesse libertà di movimento; tale assenza, quindi, secondo alcuni, paleserebbe un rovesciamento nei rapporti di forza tra diritti fondamentali e libertà fondamentali¹²⁰ invero smentito dalle decisioni più recenti. Sul lungo periodo, inoltre, i valori comuni dovrebbero divenire l'asse portante di una più forte percezione della cittadinanza europea¹²¹ all'interno dell'area di libertà, sicurezza e giustizia che, come si legge nel preambolo della Carta, "pone l'individuo al centro delle sue attività".

La Carta dunque ha certamente un significato politico che va al di là e forse supera quello giuridico, sotto questo secondo profilo si osserva che la Carta raccoglie e

delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto"; art. 2 TUE: "*L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.*"

¹²⁰ R. A. GARCÍA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Jean Monnet Working Paper 4/02, p. 12.

¹²¹ A proposito di diritti e cittadini, J. N. CUNHA RODRIGUES, in J. N. CUNHA RODRIGUES, *The incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, in D.M. MADURO-L. M. AZULAI, *The past and the Future of EU Law*, 2010, p. 96, ritiene che la Carta rappresenti la fine della funzionalizzazione dell'Unione all'esclusivo servizio delle libertà economiche, l'abbandono del concetto di individuo come fattore di produzione, l'implementazione del necessario dialogo tra diritti civili, politici, culturali, sociali ed economici e l'affermazione di una nuova generazione di diritti. In questo contesto, i cittadini diventano il nuovo parametro di riferimento e la stella polare per la fissazione di un metodo nella giurisprudenza.

positivizza l'eredità di decenni di giurisprudenza della Corte lussemburghese.¹²² Anzi, a ben guardare conformemente alle conclusioni del Consiglio europeo di Colonia del 1999, è lo stesso preambolo della Carta a dichiarare la valenza ricognitiva e codificatoria rispetto ai principi esistenti del documento in esame.¹²³ Come è stato osservato,¹²⁴ dunque, la Carta, diversamente da quanto fanno in genere *i bill of rights* o le Carte costituzionali, non vanta pretese rivoluzionarie o fondative di un nuovo ordine sociale, né è stata scritta per colmare un vuoto posto che già la Corte di giustizia, come abbiamo visto aveva provveduto ad approntare una tutela ai diritti fondamentali in via pretoria. La ragione della nascita della Carta va ancora una volta cercata nel Preambolo il quale afferma che la funzione principale del documento è quella di dare visibilità¹²⁵ ai diritti fondamentali già protetti dall'ordinamento e ciò anche in ragione dell'allargamento dell'Unione e della inclusione al suo interno (anche in futuro) di Paesi che provengono da esperienze costituzionali alquanto diverse da quelle dei Paesi dell'Europa occidentale. Il compito della Carta sarebbe allora quello di mettere ordine nelle garanzie dei diritti fondamentali già presenti nel sistema comunitario e di renderli più facilmente conoscibili e, perciò, maggiormente fruibili racchiudendoli in un catalogo unico.

¹²² A questo proposito G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, Roma, 2011, p. 199, osserva che la Carta rappresenta il risultato del processo di parziale convergenza tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali, processo che è stato innescato dai conflitti costituzionali di cui ci siamo occupati già nel capitolo precedente. I problemi però non sono risolti perché il conflitto resta *sub specie* di conflitto interpretativo come sarà reso chiaro nei paragrafi successivi.

¹²³ “La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.”

¹²⁴ M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 28; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico* 1/2001, p. 49

¹²⁵ Nel senso che la funzione della Carta è quella di dare visibilità ai diritti in essa contenuti anche P. CRAIG, DE BURCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2011, p. 395.

Tuttavia, come era facilmente prevedibile, gli effetti della Carta hanno superato l'intento originale dei suoi compilatori.

Quanto detto risulta chiaro già dalla scelta dei diritti da includere nel testo,¹²⁶ a tal proposito basti notare che nella Carta compaiono importanti diritti del tutto originali rispetto alla giurisprudenza comunitaria pregressa, nonché alle Costituzioni nazionali e alla Convenzione. La Carta, infatti, si fa carico delle esigenze nuove connesse all'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi tecnologici e scientifici. Inoltre molti dei diritti già conosciuti assumono nuove connotazioni nel testo del documento in esame.¹²⁷ Si registrano però anche assenze eclatanti, la più rilevante di tutte è certamente quella relativa alle formazioni sociali e ai gruppi intermedi (famiglia, sindacati, partiti, formazioni religiose), i quali non sono annoverati tra i soggetti titolari dei diritti riconosciuti ma, al più, sono presi in considerazione dalla Carta in quanto proiezioni collettive di diritti individuali, vi è dunque una concezione spiccatamente individualistica delle posizioni giuridiche tutelate.¹²⁸

Altro interessante interrogativo che la dottrina si è posta all'indomani della comunitarizzazione della Carta dei diritti fondamentali ha riguardato il suo impatto

¹²⁶ M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 32.

¹²⁷ Quanto alla inclusione di nuovi diritti solo occasionalmente anticipati dalle avanguardie delle giurisprudenze costituzionali ed europee, inedito è tutto il Titolo I sulla dignità umana; non solo viene tutelata riconoscendole una posizione autonoma la dignità umana (in ciò si percepisce un'eco della sentenza Omega di cui ci occuperemo diffusamente nel prossimo capitolo), ma anche i diritti dell'individuo nell'ambito della ricerca medica e biologica sulla persona, il divieto di pratiche eugenetiche, il divieto di clonazione umana, il divieto di compravendita di organi umani, protezione dei dati personali, i diritti del bambino degli anziani e dei disabili che in genere non hanno copertura nelle carte fondamentali nazionali né avevano avuto occasione di manifestarsi nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

¹²⁸ Si vedano ad esempio i diritti della famiglia che sono tradotti in termini di diritto a sposarsi e di costituire una famiglia (art. 19), diritti del bambino (art. 24); si nota che l'accento è posto sul singolo individuo, sparisce del tutto il riferimento alla famiglia in quanto formazione sociale e soggetto di diritto in sé. Solo uno scarno art. 12 fa riferimento al diritto dell'individuo alla libertà di riunirsi e di associarsi. Sotto questo profilo, si nota dunque una sostanziale differenza con i testi delle Costituzioni del secondo dopoguerra, il baricentro è infatti qui traslato dall'ottica collettiva e solidaristica, tipica di quei testi, all'individuo e alla sua libertà di autodeterminazione con accenti neoliberali nella tutela dei diritti che finora contraddistinguevano più la cultura americana.

sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare si temeva¹²⁹ che la cristallizzazione dei diritti in un testo scritto potesse ingessare l'attività della Corte di giustizia arrestandone l'attivismo e la creatività che sino ad allora tanta ricchezza avevano portato al sistema di tutela dei diritti. In realtà ciò non è accaduto, anzi, secondo alcuni, la proclamazione della Carta sembra aver dato nuova linfa alla giurisprudenza della Corte in materia di diritti fondamentali.¹³⁰ Ed infatti, sebbene nel testo della Carta sia già individuato il diritto e la sua natura fondamentale, tuttavia i giudici del Lussemburgo dovranno pur sempre precisarne portata, limiti e modalità di applicazione, e ciò, come vedremo a breve, ha portato anche la Corte a pronunciarsi su eventuali conflitti con le disposizioni interne di natura costituzionale. La Corte, dunque, continua a svolgere un ruolo insostituibile nell'interpretazione dei diritti e dei principi.¹³¹

All'estremo opposto, allora, ci si è chiesto se l'adozione della Carta potesse mutare la natura della Corte di giustizia avvicinandola ad una Corte dei diritti.

Per una riflessione su questo interrogativo, si rinvia alle ultime pagine del presente capitolo, poiché si ritiene più opportuno affrontare la questione dopo aver esaminato alcune decisioni della Corte che danno la misura delle nuove tendenze della giurisprudenza sovranazionale peraltro confermate anche nel successivo parere 2/13 (anche su questo punto si veda infra).

Sempre con riferimento all'impatto della Carta sulla giurisprudenza della Corte, si osserva infine che una delle novità più rilevanti che emerge dall'esame delle decisioni è che finché la Carta non aveva valore vincolante la Corte non era solita

¹²⁹ J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 511 e 615; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit., p. 40.

¹³⁰ Così la pensa M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 35

¹³¹ J. N. CUNHA RODRIGUES, *The incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, cit., p. 101. I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, p. 68.

fare riferimento ad essa, mentre diversi riferimenti si trovano nelle decisioni degli Avvocati Generali; dopo la sua comunitarizzazione, invece, nelle decisioni dei giudici di Lussemburgo i riferimenti al testo in esame cominciano a sostituire quelli precedentemente fatti alle tradizioni costituzionali comuni e ai trattati internazionali sottoscritti dai Paesi membri -e in particolare alla CEDU- in quanto principi generali del diritto europeo. Occorre a questo punto chiedersi quale ruolo assumano oggi queste altre due fonti: le tradizioni costituzionali e la Convenzione europea.

A tal proposito, l'art 6.3 TUE infatti conferma che la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni continuano a fare parte del diritto dell'UE in quanto principi generali, inoltre, in base al disposto dell'art. 52.3 della Carta, ove quest'ultima preveda diritti corrispondenti a quelli della Convenzione il loro significato e la loro portata siano uguali a quelli conferiti dalla CEDU. Con specifico riferimento alle tradizioni costituzionali, esse non sono solamente riconosciute come principi generali del diritto, ma devono anche servire all'interpretazione dei diritti garantiti dalla Carta allorché questi siano fondati su queste tradizioni. CEDU e tradizioni costituzionali comuni, dunque, continuano a costituire fonti complementari che permettono alla Corte di far evolvere la tutela dei diritti fondamentali tenendo conto dei cambiamenti sociali anche al di là di quanto previsto dalla Carta.

A riprova di quanto affermato, si osserva che la Corte ha continuato a fare riferimento ai principi generali del diritto in particolare nelle ipotesi in cui la fattispecie trattata non trovava tutela specifica nella Carta.¹³²

Del resto, abbandonare la Convenzione e le tradizioni costituzionali quali fonti d'interpretazione porrebbe l'Unione a rischio di essere disapprovata da Strasburgo,

¹³² Secondo alcuni sussiste il rischio della creazione di un doppio standard nella tutela dei diritti fondamentali a seconda che le posizioni giuridiche in esame siano tratte dalla Carta o dai principi generali (cfr. conclusioni Avv. Gen. Bot nel caso *Scattolon*, C-108/10 e anche A. O'CAOIMH, *The protection of human rights by the court of justice in the context of the Charter of fundamental rights after Lisbon*, in *Melagè in honour de Paolo Mengozzi*, p. 145 ss).

esse al contrario costituiscono un buon punto di riferimento all'interno della multiforme e dialettica cornice costituzionale tipica dell'Europa.¹³³

Infine, per chiudere questa breve panoramica, si osserva che i redattori della Carta, consci del fatto che il documento che andavano a redigere si sarebbe inserito in un sistema che già prevedeva diverse fonti di tutela dei diritti fondamentali sia a livello nazionale che internazionale, si sono preoccupati di disciplinare espressamente al Titolo VII, intitolato "Disposizioni generali", i rapporti del nuovo catalogo con le fonti già esistenti.

Si tratta degli articoli da 51 a 54; di particolare interesse per questo studio è l'art. 53 che disciplina i livelli di protezione e che occuperà il prossimo paragrafo, nonché l'art. 51 che senza il quale l'analisi dell'art. 53 risulterebbe monca.

2 L'art. 53 della Carta e la minaccia al principio del primato

L'art. 53 prevede che:

“Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri”

L'articolo in esame riprende da vicino il testo dell'art. 53 della CEDU la cui funzione è, secondo l'interpretazione unanimemente condivisa, quella di costituire

¹³³ R. A. GARCÍA, *The general provisions of the Charter of fundamental rights of the Europea Union*, *Jean Monnet Working Paper* 4/02, p. 28-29.

limite minimo di tutela dei diritti previsti dalla Convenzione.¹³⁴ Proprio per questo motivo parte della dottrina ha ritenuto che, analogamente alla clausola convenzionale, scopo dell'art. 53 della Carta fosse quello di fissare uno standard minimo. In realtà esistono delle non trascurabili differenze tra le due norme, sia di contesto che letterali, che inducono a dare alla disposizione sovranazionale una interpretazione differente.

Ma andiamo per ordine.

Innanzitutto si pone una questione terminologica: l'art 53 della Carta, esattamente come la corrispondente disposizione della Convenzione, fa riferimento ai diritti umani e alle libertà fondamentali, tuttavia, nell'ambito dell'Unione, il concetto di "*libertà fondamentali*" assume un significato peculiare poiché richiama le quattro libertà economiche fondamentali. In questo contesto, il riferimento a dette libertà potrebbe essere letto come un modo per blindare la costruzione del mercato comune rispetto ad eventuali impatti negativi della Carta; una tale lettura sembra però da escludere in quanto contrasta con la esaminata giurisprudenza della Corte di giustizia che in più di un'occasione ha ritenuto che limitazioni alle libertà fondamentali possono essere giustificate in ragione della tutela dei diritti fondamentali per come risultanti dai principi generali del diritto europeo (ciò sarà particolarmente evidente quando si esamineranno le sentenze *Schmidberger* e *Omega* nel prossimo capitolo). Pertanto si ritiene che il riferimento alle libertà fondamentali nasca per assonanza con il testo dell'art. 53 della CEDU senza alcun riferimento nelle intenzioni dei compilatori della Carta allo specifico significato che tale espressione assume

¹³⁴ Clausole di salvaguardia sono presenti anche in altri Trattati a tutela dei diritti fondamentali quali la Carta sociale europea del 1961 (art. 32), il Patto sui diritti civili e politici e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (art 5.2), la Convenzione sull'abolizione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979 (art 23), la Convenzione su diritti del fanciullo (art 41).

all'interno dell'ordinamento europeo.¹³⁵ Ciò significa che la norma sovranazionale in esame non introduce alcuna novità rispetto alla pregressa giurisprudenza della Corte di giustizia circa le relazioni tra diritti fondamentali e libertà fondamentali.¹³⁶

Precisato questo, non è controverso che l'art. 53 della Carta costituisca rispetto al diritto di fonte sovranazionale un livello minimo di tutela; in altre parole, il diritto europeo sia primario che secondario può solo fornire un livello di tutela maggiore o più dettagliato ai diritti fondamentali o può riconoscere e tutelare diritti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla Carta, non è invece consentito il contrario, non è infatti possibile che una normativa europea fissi livelli di tutela inferiori, in quel caso sarebbe dichiarata illegittima dalla Corte di giustizia per violazione della Carta.

Neppure particolarmente problematico si presenta il rapporto con i diritti riconosciuti e tutelati dalla CEDU in quanto, in ogni caso, il rispetto del livello di tutela offerto dalla CEDU è garantito dall'art. 52.3 già sopra citato.

Il *punctum dolens* della disposizione consiste, invece, nell'interpretazione del passaggio “*nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, [...] dalle Costituzioni degli Stati membri.*”

Orbene, se la posizione in esame esula del tutto dall'ambito di operatività del diritto dell'Unione e rientra esclusivamente in quello del diritto nazionale, non si pone alcuna questione interpretativa in quanto troverà piena applicazione la norma costituzionale interna; la Carta, in questo caso, può fungere da parametro

¹³⁵ S. PEERS, T. HERVEY, J. KEFFER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental Rights: a commentary*, Oxford, 2014, p. 1526

¹³⁶ A proposito di rapporti tra diritti fondamentali e libertà fondamentali, il vero problema sta nel fatto che la Carta pone sullo stesso piano tutti i diritti e le libertà riconosciute, senza alcuna gerarchia interna, il che rende determinante il momento interpretativo del bilanciamento (“bilanciamento libero”) demandato alla Corte (v. ad esempio S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, cit., p. 540).

interpretativo o anche da parametro di legittimità in base al valore che ogni Paese dà alla Carta al di fuori dell'ambito di interesse europeo.

Il problema si pone invece in quei casi, rientranti nell'ambito di competenza europeo, in cui una misura comunitaria sia conforme alla Carta ma contraria al corrispondente diritto tutelato dalla Costituzione nazionale. Orbene, può la Corte nazionale adita dal cittadino dello Stato membro che lamenta la violazione del proprio diritto costituzionalmente tutelato, in questo caso, applicare la norma interna disapplicando quella comunitaria sulla base dell'art. 53 della Carta? L'art. 53, introduce una legittima eccezione al principio del primato del diritto? E se non costituisce eccezione, fino a che punto, dunque, l'integrazione europea comporta l'abbassamento del livello di tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti?¹³⁷

Sul punto si riscontrano due diversi filoni interpretativi. In base al primo filone,¹³⁸ cui sopra si faceva cenno e maggiormente presente in passato, l'art. 53 farebbe della Carta la soglia minima di tutela dei diritti fondamentali nel sistema sovranazionale e, pertanto, sarebbe applicabile lo standard nazionale e dovrebbe disapplicarsi la norma di fonte sovranazionale; secondo opposta interpretazione più attenta al dato testuale nonché al contesto politico e che pertanto si ritiene più convincente, l'art. 53 non fisserebbe alcun tetto minimo di tutela dei diritti fondamentali, così non introducendo alcuna eccezione al consolidato principio del primato, ne conseguirebbe che i livelli di tutela predisposti dalle Costituzioni nazionali dovrebbero cedere il passo davanti alle previsioni della Carta nei casi in esame e il giudice adito non potrebbe applicare

¹³⁷ La questione si riconnette all'annoso dibattito sulla esistenza di limiti costituzionali al diritto europeo (la teoria dei controlimiti), ma sul punto vedi quanto detto in capitolo I circa le origini e gli elementi del dibattito.

¹³⁸ A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford, 2009, p. D.17 Perez p. 60; R. A. GARCÍA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, *Jean Monnet Working Paper* 4/02, p. 16, A. LOPEZ CASTILLO, *Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea*, in *Revista de Estudios Políticos*, 113/2001, p. 67.

le norme costituzionali nazionali al di sopra del diritto europeo. Esaminiamo le ragioni di entrambe le teorie.

Le spiegazioni ufficiali¹³⁹ della Carta sul punto sono stringatissime e forniscono ben pochi chiarimenti a proposito dell'articolo in esame.¹⁴⁰ Sebbene secondo alcuni¹⁴¹ esse statuiscano incontrovertibilmente che la disposizione “mira a salvaguardare il livello di protezione attualmente offerto”, esse di fatto si offrono alla stessa ambigua interpretazione della norma che commentano in quanto ripropongono il medesimo inciso (“*nei rispettivi campi di applicazione*”) che, già all'interno della disposizione della Carta, ha generato i maggiori dubbi interpretativi.

È infatti questo il passaggio più problematico in quanto spesso i campi di applicazione del diritto sovranazionale e di quello nazionale si sovrappongono, ciò accade in particolare, ma non solo, quando entrano in gioco misure statali di implementazione del diritto europeo; è inoltre difficile trovare ormai un'area del diritto interno che non sia interessata in qualche modo dal diritto europeo. L'inciso in questione, dunque, invece di estinguere i dubbi, come era nelle intenzioni dei redattori della Carta, li ha alimentati.

I sostenitori della teoria per cui l'art. 53 non impedisce di applicare il diritto europeo nonostante gli eventuali più alti livelli di tutela offerti a livello nazionale hanno ritenuto che il senso che i redattori della Carta volevano dare all'inciso è che le Costituzioni nazionali possono prevalere solo nelle sfere di competenza statale esclusiva.

¹³⁹ Si tratta di un documento ufficiale che deve guidare nella interpretazione della Carta ma che non ha un valore vincolante. In base all'art. 6.1 TUE e art. 52.7 Carta; le spiegazioni ufficiali debbono essere tenute in considerazione nell'interpretazione della Carta.

¹⁴⁰ Il testo recita infatti “art. 53 – *Livello di protezione – questa disposizione mira a salvaguardare il livello di protezione attualmente offerto, nei rispettivi campi d'applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto degli Stati membri e dal diritto internazionale. Data la sua importanza, viene citata la CEDU*”

¹⁴¹ F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, p. 456.

I sostenitori della tesi più garantista hanno però obiettato che se per “rispettivi ambiti” si intendesse la sfera di competenze esclusiva, l’art. 53 risulterebbe un inutile doppione dell’art. 51.1 il quale già prevede che la Carta si applica agli Stati membri solo quando essi agiscano in attuazione del diritto europeo –sul punto si vedano più diffusamente le pagine seguenti-.¹⁴²

I sostenitori dell’altro filone interpretativo ribattono però, convincentemente a parere di chi scrive,¹⁴³ che l’art 53 non costituisce un doppione del 51 poiché ha la funzione (importantissima dal punto di vista politico) di precisare che la Carta non sostituisce le Costituzioni nazionali nei loro ambiti di competenza cioè nell’area di esclusiva competenza degli Stati. L’inciso dunque assume significato se si guarda al contesto politico nel quale esso si è originato; con esso, infatti, i redattori del nuovo catalogo dei diritti mirano a rassicurare gli Stati membri circa la perdurante funzione delle loro Carte costituzionali. Altra parte dei commentatori ha inoltre precisato che gli standard di tutela costituzionali ritornerebbero in gioco anche quando il diritto di fonte sovranazionale lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella sua attuazione.¹⁴⁴

¹⁴² Sulla scorta di questo ragionamento alcuni autori Garcia arrivano a ritenere che, l’art 53 della Carta si limiti a riaffermare a livello europeo le eccezioni sostenute dalle Costituzioni nazionali e dalle Corti supreme all’assoluta e incondizionata supremazia del diritto europeo così come intesa dalla Corte di giustizia (a sostegno di questa tesi A. LOPEZ CASTILLO, *Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea*, *Revista de Estudios Politicos*, 2001, n. 113, p. 68). Le frange più estremiste di questa teoria, cfr. S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, cit., p. 542, arrivano a sostenere che nelle ipotesi di sovrapposizione fra discipline dei diversi ordinamenti i Trattati godono indubbiamente di supremazia e prevalenza sulle Costituzioni nazionali. Tale supremazia tuttavia quando tocca l’ambito dei principi dei diritti fondamentali per come accolti nei singoli ordinamenti costituzionali nazionali lascia l’ultima parola alle Costituzioni nazionali e per essere ai giudici costituzionali in una sorta di “*primato invertito*”, in questa versione sembra che per ambito di competenza in caso di Costituzioni nazionali debba intendersi quello della tutela dei diritti umani.

¹⁴³ J. B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, in Jean Monnet Working Paper 4/01, § 4.1; U. DE SIERVO, *L’ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea*, cit. p. 50.

¹⁴⁴ S. PEERS, T. HERVEY, J. KEFFER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental Rights: a commentary*, cit., p. 1547, la discrezionalità lasciata al legislatore nazionale è elemento di grande rilievo nella individuazione dei livelli di tutela dei diritti applicabili, ciò emergerà in sede di analisi

Le due norme –l’art. 53 e l’art. 51- andrebbero, dunque, lette insieme ed esprimerebbero le due facce di un medesimo concetto: che la Carta è “*the shadow of EU law*”¹⁴⁵ e che, laddove non opera la Carta, cioè nell’ambito nazionale, essa non sostituisce le Costituzioni interne. Le due norme andrebbero inoltre lette anche insieme all’art. 51.2¹⁴⁶ il quale, a chiusura del quadro ora disegnato, impedisce che la Carta introduca una competenza normativa generale dell’Ue in materia di diritti fondamentali, tuttavia ciò non esclude che una normativa europea sia confliggente rispetto a una libertà costituzionale di un Paese membro con conseguente introduzione anche in quell’ordinamento di una disciplina lesiva o comunque diversa dal livello di tutela costituzionale previsto.¹⁴⁷

Altro argomento evocato dai sostenitori della tesi più garantista è costituito dalla analogia con clausole simili contenute in altri trattati internazionali e in particolare il riferimento più immediato è proprio all’art. 53 della CEDU¹⁴⁸. La differente natura dei due documenti e il diverso contesto all’interno del quale essi originano sono, però, di non poco momento e inducono a conclusioni diverse. Ed infatti la CEDU, come in genere i documenti internazionali del suo tipo, ha quale scopo principale quello di assicurare la maggior tutela possibile dei diritti sanciti; pertanto essa si prefigge di fornire un minimo comune denominatore e un livello base di tutela da

della sentenza *Melloni* nel prossimo paragrafo e sarà oggetto di maggiore approfondimento nella seconda parte del lavoro cui si rinvia.

¹⁴⁵ K. LENAERTS, *The Eu Charter of fundamental rights: scope of application and methods of interpretation*, in K. KRONENBERGER, M. T. D’ALESSIO, V. PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l’Union à la croisée des chemins – Mélanges en l’honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, p. 117, per una analisi dei passaggi salienti dell’art. 51 della Carta si veda il § 3 del presente capitolo.

¹⁴⁶ Art. 51.2: “*La presente Carta non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati*”.

¹⁴⁷ U. DE SIERVO, *L’ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea*, cit. , p. 50.

¹⁴⁸ “Art. 53 CEDU “*Salvaguardia dei diritti dell’uomo riconosciuti*”: “*Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi*”.

applicare all'interno degli ordinamenti dei Paesi che vi aderiscono. Proprio per questo motivo, qualunque miglioramento apportato dalle Parti contraenti è ben accetto e armonico rispetto alla *ratio* del trattato poiché contribuisce alla maggior tutela degli individui.

Nel caso invece della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea l'approccio è ben diverso. L'UE, infatti, produce norme direttamente vincolanti per gli Stati membri e la sua attuazione è garantita da un elaborato sistema giudiziario di controllo il quale, sebbene abbia a più riprese dichiarato che la tutela dei diritti costituisce presupposto e obiettivo dell'Unione, ha tuttavia quale obiettivo principale la uniforme applicazione del diritto sovranazionale in tutti gli Stati.

Diversamente dai trattati internazionali limitati ai diritti umani, che hanno il chiaro scopo di affiancarsi al sistema nazionale di protezione, la Carta è parte di un contesto che è costruito come un autonomo ordinamento legale con una vocazione all'integrazione che tende ad eliminare, grazie al principio del primato, le disparità tra gli Stati membri. In questo contesto, consentire a ogni giudice nazionale di applicare standard costituzionali di livello superiore vorrebbe dire compromettere l'uniformità e l'efficacia del diritto europeo.

In altre parole, mentre gli strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali servono a interpretare i sistemi domestici e, se necessario, a sopperire alle loro deficienze, la Carta nel sistema europeo assume il ruolo di protagonista e, attribuita l'autonomia concettuale che consegue al sistema, tende non solo a relegare a un livello secondario il ruolo degli altri strumenti di protezione, ma anche a precludere

ogni spazio, proprio grazie al principio del primato, a ogni deviazione dal testo originario.¹⁴⁹

Al contrario, nel sistema CEDU, che non è finalizzato alla uniformità delle regole applicate, ma è prevalentemente attento a che le misure statali non vadano sotto il minimo livello convenzionalmente assicurato, è consentito, anzi è auspicabile, che una parte fornisca un livello più alto di tutela.

Peraltro, mentre la CEDU ha un ambito di operatività che coincide con quello delle alte parti contraenti e viene in considerazione come criterio di revisione finale della tutela dei diritti fondamentali dopo che sono stati esauriti tutti i rimedi giurisdizionali interni, viceversa, la Carta ha un proprio ambito di efficacia definito dall'art 51 e costituito dalle attività delle istituzioni e degli organi comunitari, nonché dagli atti degli Stati membri limitatamente ai casi in cui esse danno esecuzione ad obblighi comunitari. Ciò incide anche sul fatto che la Corte di giustizia garantisce il rispetto dei diritti fondamentali in tutti i casi sopra detti ma non si pone come giudice di ultima istanza per la tutela dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati

¹⁴⁹ Il problema non si pone nell'ordinamento USA in ragione della differente struttura istituzionale; ed infatti nel caso statunitense il governo federale in genere implementa il diritto federale mentre gli Stati applicano in diritto statale. Inoltre secondo l'“*anticommandering principle*” il Governo federale non richiede ai poteri legislativi o esecutivi statali di applicare il diritto federale. Di conseguenza se la normativa statale è sottoposta a standard di protezione più alti in base alle Costituzioni nazionali ciò non compromette l'uniforme applicazione delle leggi federali. Inoltre altra spiegazione della diversità va ricercata nelle origini storiche e nella struttura politica delle due Unioni, ed infatti mentre l'Unione europea si caratterizza per essere un insieme di democrazie costituzionali ciascuna con una forte identità, una propria storia e una propria tradizione, la legittimazione democratica dell'Unione è tuttora controversa. Negli USA, al contrario, il discorso della tutela dei diritti a livello nazionale è inficiato dalla storia legata alle discriminazioni razziali nonché alla schiavitù; ecco perché in questo contesto la Corte Suprema era percepita come il principale garante della tutela dei diritti. Ne consegue che, in UE, ratificando i Trattati, gli Stati membri pur avendo ceduto parte della loro sovranità al livello di governo superiore, tuttavia non hanno perso la loro capacità di tutelare i diritti fondamentali costituzionali riconosciuti sussistendo una pluralità di Carte fondamentali a tutela dei diritti (Costituzioni, Carta di Nizza ecc) ciascuna supremo nel proprio sistema e la cui necessità di coordinamento va legata alla necessità di assicurare uniformità ed efficacia all'ordinamento sovranazionale. Al contrario nel caso USA, l'introduzione di un *Bill of Rights* a livello federale era avvertito come una risposta a un vuoto di tutela a livello dei singoli Stati. Sulle diversità esistenti tra sistema statunitense ed europeo cfr. A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, p. 72 ss.

membri.¹⁵⁰ Ecco perché la CEDU riveste il ruolo di standard minimo, non solo ex art 53 della Convenzione stessa, ma anche a livello sovranazionale ex art 52.3 Carta, mentre invece la Carta rappresenta uno degli elementi del sistema di protezione multilivello dei diritti fondamentali.

Non fondato risulta pertanto l'argomento relativo alla similitudine con l'omologa norma convenzionale.

Pertanto, il messaggio contenuto nell'art. 53 della Carta fondamentale è che essa si aggiunge al sistema esistente di tutela dei diritti fondamentali senza determinare un suo peggioramento, senza innovarlo e senza sostituirsi alle varie forme di protezione dei diritti fondamentali presenti negli ordinamenti nazionali, comunitario e internazionale.¹⁵¹

Non c'è nulla, infatti, neppure nei lavori preparatori della Carta, che indichi che l'art. 53 citato, rompendo fortemente con il passato, introduca una vistosa eccezione al principio del primato. Se avessero voluto introdurre una modifica così consistente a uno dei tratti caratteristici del sistema europeo, costantemente confermato dalla giurisprudenza della Corte, gli autori della Carta lo avrebbero fatto in termini chiari,¹⁵² in ogni caso, anche se lo avessero voluto fare non avrebbero avuto la competenza di modificare il diritto primario dell'Unione. L'art. 53 non implica

¹⁵⁰ Per una breve riflessione sul ruolo e sulla natura della Corte di giustizia si rinvia alle conclusioni del presente capitolo.

¹⁵¹ S. PEERS, T. HERVEY, J. KEFFER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental Rights: a commentary*, cit., p. 1532; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti, commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 47.

¹⁵² Né potrebbero far ritenere il contrario alcune congetture basate sull'analisi del testo come, in primo luogo, il riferimento solo alle Costituzioni nazionali piuttosto che alla legge nazionale in generale, pure originariamente proposto, che potrebbe essere interpretato come segno di particolare deferenza della Carta nei confronti delle (sole) Costituzioni nazionali. Inoltre, le Costituzioni sono menzionate insieme agli accordi internazionali e al diritto europeo il che potrebbe far presumere un cambiamento nel loro status in quanto si tratta di tre fonti che nella giurisprudenza della Corte di giustizia hanno sempre avuto un diverso valore. Come osservato da J. B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law?*, cit., § 3, si tratta di elementi che generano solo confusione e che ben si spiegano con lo scopo "rassicuratorio" della norma in esame sopra riportato.

quindi una deroga al primato, semplicemente chiarisce che il testo della Carta non può essere usato quale argomento per limitare la tutela fornita dalle Costituzioni nazionali ai diritti fondamentali. Più in generale, lo scopo dell'articolo è quello di evitare un abbassamento del livello di tutela fornito dagli strumenti già esistenti nei loro ambiti di operatività. Diversamente ragionando si minerebbe il principio del primato e quindi l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione che, come subito vedremo, è sempre più strenuamente difeso ed affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia più, se possibile, di quanto non avvenisse in passato.

Dal punto di vista del diritto europeo, la questione relativa al rispetto dei diritti fondamentali da parte di uno strumento del diritto sovranazionale va decisa dalla Corte di Lussemburgo secondo gli standard europei fissati dalla Carta, dai principi generali e dalla CEDU fonti che, tutte insieme, formano lo standard di protezione europeo. Se una misura UE rispetta questo standard deve essere applicata dalle Corti e dalle autorità nazionali, senza possibilità di deroga.

Il conflitto tra una visione assoluta del principio del primato e, di contro, l'affermazione del primato delle Costituzioni nazionali resta dunque irrisolto. L'art. 53 non è una norma che autorizza le Corti nazionali a dare priorità ai loro diritti costituzionali quando essi forniscano livelli di tutela maggiori ma è un segnale che le Costituzioni nazionali devono essere prese sul serio dalle istituzioni europee come emerge altresì dal combinato disposto con l'art. 52.4 della stessa Carta e con l'art 4.2 del TUE.

Allo stesso tempo queste nuove previsioni sono un invito alle Corti nazionali, specie quelle costituzionali, a “giocare il gioco europeo” più attivamente che in passato e a confrontarsi con la Corte sovranazionale e con le altre istituzioni europee sulla concezione nazionale dei diritti fondamentali affinché la conoscenza di tali punti di

vista possa essere fonte di ispirazione per riforme legali o procedimenti giudiziari a livello europeo.

L'art. 53 della Carta, però, non dice nulla su come dovrebbe evolversi la giurisprudenza della Corte, in quanto non dice come i diritti andrebbero interpretati ma solo come non andrebbero interpretati.¹⁵³

Il principale problema, anche dopo il Trattato di Lisbona, resta dunque quello di capire come le Costituzioni nazionali e la Carta debbano convivere e interagire nell'attuale sistema sovranazionale. La dottrina, come detto nel capitolo precedente, indica sempre più spesso nella cooperazione e nel dialogo tra Corti la via maestra per risolvere il conflitto; e ciò è tanto più vero ove si consideri, da un lato, che ben pochi diritti fondamentali possono considerarsi assoluti e che tutti sono in realtà soggetti a bilanciamento -il che rende relativa la differenza tra le diverse soglie di tutela- e, dall'altro, che uno scontro tra diritti altro non è che uno scontro di valori, materia estremamente sensibile che non può non essere oggetto di confronto e condivisione tra il livello sovranazionale e quello nazionale. Come vedremo nel prossimo paragrafo, però, mentre le Corti costituzionali nazionali sembrano sempre più propense a mettersi direttamente in gioco anche dialogando con la Corte di giustizia

¹⁵³ La norma in commento non supporta, come pure da alcuni sostenuto, la tesi massimalista di cui si è parlato nel capitolo precedente e in base alla quale la Corte dovrebbe promuovere sempre i più alti livelli di tutela, e ciò in quanto se questa fosse stata l'intenzione dei redattori ci sarebbero state delle indicazioni in tal senso nei lavori preparatori che invece non sono rinvenibili. A proposito del dibattito relativo a tale approccio, J. B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law?*, cit., § 4.2, riporta l'opinione di coloro che osservano che tale teoria, apparentemente, ottima, di fatto nasconde una dicotomia tra alti e bassi livelli di tutela e non porta ad un accrescimento della protezione dei diritti a livello UE. Ed infatti, in primo luogo, alcuni diritti protetti dagli Stati membri sono in aperto conflitto (diritto alla vita-diritto all'aborto) e l'approccio massimalista non aiuta a decidere quale debba prevalere; in secondo luogo, la teoria implica che un singolo Stato membro potrebbe assoggettare l'intero sistema sovranazionale tramite una unilaterale previsione della propria costituzione; terzo e ultimo passaggio, la tutela dei diritti fondamentali in genere implica un bilanciamento tra diritti individuali e interessi generali, in questo senso l'idea di più elevati livelli di tutela può essere ingannevole in quanto sono pur sempre frutto del bilanciamento tra interessi individuali e quelli della comunità (si pensi al diritto di proprietà). Se la Corte dunque adottasse la teoria massimalista e mettesse insieme "il migliore dei mondi possibili" ciò porterebbe a un livello di tutela dei diritti fondamentali degli individui più alto rispetto a quello presente in ogni Stato e ciò potenzialmente sconvolgerebbe il sistema sociale dei Paesi membri e frantumerebbe la legittimità del sistema europeo.

tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale, quest'ultima, invece, sembra mostrare un atteggiamento difensivo a protezione delle prerogative dell'Unione e una minor propensione al dialogo.

2.2 La risposta della Corte: la sentenza Melloni

Le ipotesi paventate dalla dottrina si sono da recente concretizzate nel caso che ha dato origine alla sentenza Melloni, in occasione della quale la Corte di giustizia ha avuto l'opportunità di esprimersi per la prima volta sulla interpretazione da dare all'art. 53 della Carta.

La decisione trae origine dal rinvio pregiudiziale operato dal *Tribunal constitutional Espanol*, il primo nella storia del giudice iberico, a seguito del *recurso de amparo* proposto dal signor Melloni, cittadino italiano condannato in contumacia dal Tribunale di Ferrara per bancarotta fraudolenta e per il quale i giudici italiani avevano spiccato mandato di arresto europeo ai fini dell'esecuzione della condanna trovandosi quest'ultimo in Spagna. Chiamati ad eseguire il mandato, le autorità spagnole arrestavano il condannato e ne autorizzavano la consegna. Avverso questa decisione ricorreva il condannato, lamentando la violazione del diritto ad un processo equo ai sensi dell'art. 24 paragrafo 2 della Costituzione spagnola; in particolare il ricorrente lamentava che la concessione dell'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, “*considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate in absentia, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo possa impugnare tali sentenze di condanna per tutelare i suoi diritti di difesa, risulterebbe lesiva del contenuto essenziale dell'equo processo in modo tale*

da ledere la dignità umana”. La Corte costituzionale spagnola, facendo uso dello strumento del rinvio pregiudiziale,¹⁵⁴ si rivolgeva allora alla Corte di giustizia ponendole tre quesiti, tra questi, ai nostri fini, è particolarmente rilevante il terzo relativo all’interpretazione dell’art. 53 della Carta di Nizza, con esso la Corte iberica chiedeva:

*“In caso di soluzione affermativa della seconda questione, se l’articolo 53 della Carta, interpretato sistematicamente in relazione ai diritti riconosciuti dagli articoli 47 e 48 della stessa, consenta ad uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere riesaminata nello Stato richiedente, riconoscendo così a tali diritti un livello di protezione più elevato rispetto a quello derivante dal diritto dell’Unione europea, al fine di evitare un’interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro».*¹⁵⁵

¹⁵⁴ M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l’interpretazione dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in osservatorio dell’associazione italiana dei costituzionalisti, ottobre 2013 reperibile su www.osservatorioaic.it, p. 11, Il quale evidenzia, concordemente con la maggior parte della dottrina, che la proposizione del rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale costituzionale spagnolo è strettamente legata ai contrasti giurisprudenziali relativi a estradizione, processo contumaciale e mandato di arresto europeo sorti all’interno di quell’ordinamento nazionale.

¹⁵⁵ Gli altri due quesiti riguardavano:

1) Se l’articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI, nella sua versione oggi vigente derivante dalla decisione quadro 2009/299/GAI, debba essere interpretato nel senso che vieta alle autorità giudiziarie nazionali, nei casi indicati dalla medesima disposizione, di subordinare l’esecuzione di un mandato di arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna di cui trattasi possa essere riesaminata al fine di garantire i diritti della difesa dell’interessato.

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione, se l’articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI sia compatibile con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, previsto dall’articolo 47 della Carta (...), nonché con i diritti della difesa garantiti dall’articolo 48, paragrafo 2, della medesima Carta.

È stato da alcuni osservato, L. RIZZA, *La Corte di giustizia risponde con il primato dell’Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimenti in absentia*, in *Quaderni europei, UniCT*, 53/2013, p. 14, che il vero punto importante del rinvio del Tribunale costituzionale spagnolo è l’affermazione del principio del riconoscimento reciproco, tutte le altre questioni (compatibilità della decisione con artt. 47 e 48 Carta) sono pretestuose e per risolverle sarebbe bastato il rinvio alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, se non altro perché anche il legislatore europeo aveva ripreso i principi della giurisprudenza della Corte EDU al momento di definire i requisiti in tema di processo contumaciale.

A tal fine il *Tribunal constitutional* prospettava tre possibili interpretazioni della norma in esame. La prima e la seconda rispecchiavano i due filoni interpretativi delineatisi in dottrina e sopra riportati, l'ultima costituiva una terza via tra le prime due.

In base alla prima interpretazione l'art. 53 fisserebbe un livello minimo di protezione analogamente all'art. 53 della CEDU e pertanto consentirebbe allo Stato membro di disattendere le disposizioni europee per garantire i diritti fondamentali iscritti nella sua Costituzione ogni qual volta la protezione a questi assegnata sia superiore rispetto a quella fornita a livello europeo. Il Tribunale costituzionale ha tentato di addolcire l'impatto di tale prospettiva affermando che il maggiore livello di protezione accolto da un determinato sistema nazionale non avrebbe dovuto essere necessariamente fatto proprio dalla Corte di Giustizia e generalizzato agli altri Stati. Il Tribunale costituzionale si riallacciava a quanto già detto in occasione della Dichiarazione n. 1 del 2004 resa sulla ratifica del Trattato-Costituzionale,¹⁵⁶ già in quella occasione infatti il giudice spagnolo aveva rilevato come in virtù dell'art. II-113 del Trattato¹⁵⁷ (che corrispondeva all'art. 53), la Carta dei diritti dovesse essere ricostruita come una «*garantía de mínimos*», da utilizzarsi anche nell'interpretazione dei diritti fondamentali nella prospettiva interna, non solo nella applicazione del diritto dell'Unione.

In base alla seconda interpretazione, invece, che si giustificerebbe sulla base dell'esigenza di applicare in modo uniforme il diritto europeo, l'art. 53 delimiterebbe

¹⁵⁶ Reperibile su:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=15919>

¹⁵⁷ Articolo II-113 “*Livello di protezione. Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri.*”

i rispettivi ambiti di applicazione della Carta e degli altri strumenti ivi indicati (CEDU e Costituzioni), i quali opererebbero nei rispettivi ambiti di applicazione; pertanto nelle materie di competenza dell'Unione solo la Carta sarebbe applicabile e non le Costituzioni nazionali; il giudice remittente stesso osservava però che tale prospettazione si esponeva alla duplice critica, da un lato di rendere l'art. 53 inutile dappertutto rispetto all'art. 51 e, dall'altro, di impedire che le Costituzioni nazionali esplicassero direttamente i loro effetti in settori in cui insistessero norme europee, così riducendo il livello di protezione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantito.

Infine, il Tribunale forniva una terza soluzione, in particolare affermava che andrebbe adottata o la prima o la seconda interpretazione a seconda del problema concreto di protezione dei diritti fondamentali in esame e del contesto rispetto al quale valutare il livello di protezione prevalente e quindi applicabile.¹⁵⁸

Con una sentenza da tutti i commentatori ritenuta eccessivamente stringata e avara di argomentazioni, la Corte di giustizia, con riferimento alla questione che in questo studio rileva, cassa la prima delle tre interpretazioni proposte ritenendola lesiva del principio del primato dell'Unione in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato. Richiamando invece la sua costante giurisprudenza (di cui si è dato conto nel precedente paragrafo) ribadisce¹⁵⁹ che il principio del primato è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico

¹⁵⁸ La Corte spagnola fa in particolare riferimento alla possibile esistenza di «un conflitto tra diritti fondamentali o tra un diritto fondamentale e qualche altro principio generale del Diritto dell'Unione europea riconosciuto al di fuori della Carta» dei diritti o «del fatto che la struttura normativa di ognuno di questi» potesse avere qualche rilievo al fine di assicurare un maggior livello di protezione da parte delle Costituzioni degli Stati membri.

¹⁵⁹ Punti 57-58-59 della decisione in esame, Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11.

dell'Unione. L'invocazione di disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione.¹⁶⁰

La Corte, la quale non prende neppure in considerazione le altre due interpretazioni proposte dal giudice spagnolo, si limita soltanto ad ammettere che in base alla norma, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali (anche qui, però, non manca di rimarcare che in questi casi l'applicazione dei livelli nazionali è consentita purché non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte né il primato l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione); I giudici di Lussemburgo precisano però, subito dopo, che ben diverso era però il caso sotto posto al loro esame in quanto l'art. 4 bis paragrafo 1 della decisione quadro del 2002 non attribuisce agli Stati membri alcuna facoltà di rifiuto quando si verifica una delle quattro situazioni ivi indicate (punti 60-61).

Proprio in ragione di quest'ultimo dato, molti commentatori hanno evidenziato come la decisione in commento sia stata fortemente influenzata dal contesto, ma prima di passare a questo aspetto, occorre soffermarsi ancora un po' sul significato dell'art. 53. Come dicevamo la Corte si limita alla fase *destruens* del suo ragionamento, essa infatti indicare cosa non consente l'art. 53¹⁶¹ della Carta senza però spingersi ad

¹⁶⁰ Per un resoconto della reazione dei giudici spagnoli alla sentenza *Melloni*, i quali, per inciso, si sono adattati al *dictat* della Corte europea senza però rinunciare per il futuro a far valere i controlimiti la cui validità viene riaffermata, si veda F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto europeo e controlimiti: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, reperibile su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁶¹ La Corte infatti si limita ad affermare: “L'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione”. La scelta probabilmente è dovuta alla volontà della Corte di non dire troppo e di limitarsi a rispondere al quesito del giudice spagnolo stante la delicatezza della questione.

effettuare un'analisi della natura e delle potenzialità della norma. Più ampia invece è l'analisi fatta dall'Avvocato Generale Bot nelle sue conclusioni. Egli infatti non si limita a dire che la prima interpretazione proposta dal giudice spagnolo è inaccettabile in quanto lesiva del principio del primato e contraria alla granitica giurisprudenza della Corte, ma va oltre ed evidenzia come l'art. 53 non sia una clausola volta a disciplinare un conflitto tra una norma di diritto derivato e una norma interna, esso non ha la funzione di accordare priorità alla norma più tutelante. L'AG, invece, facendo leva sul tenore letterale della norma e in particolare sull'inciso "nei rispettivi ambiti di applicazione" sembra dunque avallare la tesi proposta in dottrina in base alla quale la funzione della norma è quella di garantire il mantenimento dei livelli di tutela di ciascuna fonte nel suo campo così assicurando il rispetto del principio del primato, essa invece non è una norma che regola conflitti, essa non innova rispetto al passato.¹⁶²

L'AG prosegue poi (punti 128-135) approfondendo la questione della funzione svolta dall'art. 53. Egli ritiene che la norma, che va letta in stretto collegamento con gli artt. 51 e 52 di cui costituisce completamento, ha l'unica funzione di precisare che in un sistema in cui domina il pluralismo delle fonti di protezione dei diritti fondamentali la Carta, da un lato, non è destinata a divenire l'unico strumento e di protezione (il

¹⁶² 99. "A mio avviso, l'articolo 53 della Carta non può essere letto come una clausola volta a disciplinare un conflitto tra, da un lato, una norma di diritto derivato che, interpretata alla luce della Carta, fisserebbe un determinato standard di protezione di un diritto fondamentale e, dall'altro, una norma tratta da una Costituzione nazionale che prevedrebbe un livello di protezione più elevato per lo stesso diritto fondamentale. In una simile fattispecie, il suddetto articolo non ha né per oggetto né per effetto di accordare priorità alla norma più tutelante tratta da una Costituzione nazionale. Ammettere il contrario significherebbe misconoscere la costante giurisprudenza della Corte in materia di primato del diritto dell'Unione."

100. "Osservo, a tal proposito, che dal tenore letterale dell'articolo 53 della Carta non emerge in alcun modo che esso debba essere letto come un'eccezione al principio del primato del diritto dell'Unione. Al contrario, si può ritenere che l'espressione «nel rispettivo ambito di applicazione» sia stata scelta dai redattori della Carta proprio per non ledere tale principio. D'altronde, detto principio, come sviluppato dalla giurisprudenza della Corte, ha trovato conferma nelle dichiarazioni allegare all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona sottoscritto il 13 dicembre 2007."

che è dimostrato anche dal riferimento alla funzione svolta dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni fatto rispettivamente dagli artt. 52.3 e 52.4 della Carta stessa) e, dall'altro, che la Carta non potrà portare a una riduzione del livello di tutela negli ordinamenti trovando spazio solo nell'ambito di applicazione del diritto europeo e non sostituendo, al di fuori di quest'area, le Costituzioni nazionali, in tal senso la Carta non può essere usata quale pretesto per uno Stato membro per ridurre la protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'ambito di applicazione del diritto nazionale.

La lettura proposta dall'AG, a parere di chi scrive, è del tutto condivisibile in quanto, come si diceva a proposito delle ricostruzioni dottrinarie più sopra riportate, è l'unica aderente al testo e che non ignora -in uno slancio di eccessivo ottimismo- la natura compromissoria della Carta, certamente diversa da quella propria del sistema CEDU. Di particolare interesse risulta, inoltre, il contesto normativo che fa da sfondo al caso *Melloni*. Si tratta delle decisioni quadro in materia di mandato di arresto europeo. L'accoglimento della tesi del Tribunale spagnolo, infatti, non avrebbe leso soltanto il principio del primato, ma avrebbe anche messo in discussione la uniformità e l'efficacia del diritto dell'Unione, fini ai quali specificatamente la disciplina in materia di mandato d'arresto europeo tende.

Come da molti evidenziato,¹⁶³ infatti, la decisione in esame è fortemente influenzata dal fatto che obiettivo della detta decisione quadro fosse proprio quello di fissare uno specifico bilanciamento tra i diritti della difesa del condannato e l'effettività del sistema di cooperazione giudiziaria penale instaurato.

¹⁶³ M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, cit., p. 11.; I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, p. 47.

Occorre, infatti, ricordare che la materia del mandato d'arresto europeo, disciplinata dalla decisione quadro 2002/584, è stata in tempi più recenti modificata dall'art. 2 della direttiva 2009/299/GAI. Quest'ultimo, novellando l'art. 5 della decisione quadro 2002/584 e introducendo un art. 4-bis, ha stabilito in quali ipotesi -si tratta di un elenco tassativo- non è giustificato il rifiuto del Paese membro di esecuzione di consegnare il condannato nel caso in cui questi non sia comparso personalmente al processo.¹⁶⁴ Orbene, come espressamente dichiarato nel considerando n. 2 della decisione quadro 2009/299/GAI:

“le varie decisioni quadro che applicano il principio del riconoscimento reciproco alle decisioni giudiziarie definitive non affrontano in modo uniforme la questione delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente. Questa diversità potrebbe complicare il lavoro degli operatori del settore ed ostacolare la cooperazione giudiziaria”.

Il problema che il legislatore europeo si trova ad affrontare è quello della mancata uniformità dei livelli di tutela dei diritti fondamentali apprestati dai diversi ordinamenti nei casi di procedimenti *in absentia*. A conferma di quanto detto al considerando n. 3 si legge:

“La decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, consente all'autorità di esecuzione di

¹⁶⁴ In particolare si osserva che il vecchio art. 5.1, contenuto nella originaria stesura della prima decisione, che ammetteva espressamente la possibilità di opporsi all'esecuzione del mandato emesso nei confronti di un condannato in contumacia ove lo Stato richiedente non fornisse le «assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti in giudizio». La norma offriva quindi ampi margini di apprezzamento al Paese dell'esecuzione. Al dichiarato scopo di ovviare alle differenti valutazioni delle autorità giurisdizionali degli Stati membri nell'esecuzione del mandato e di fornire al contumace maggiori garanzie processuali, il nuovo art. 4 bis, paragrafo 1, prevede che in caso di processo *in absentia* il Paese dell'esecuzione può rifiutare la consegna a meno che non siano state rispettate determinate garanzie ivi tassativamente elencate, cfr. M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, cit., p. 14.

esigere che l'autorità di emissione fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio. Spetta all'autorità di esecuzione decidere se le assicurazioni fornite siano sufficienti ed è pertanto difficile sapere con esattezza quando l'esecuzione possa essere rifiutata". Proprio per tali ragioni è necessario, ad avviso del legislatore europeo, prevedere eccezioni chiare e comuni che possano essere opposte alla consegna del condannato in questi casi, da qui l'elaborazione di un elenco tassativo contenuto all'art. 4 bis della decisione del 2002 così come novellata da quella del 2009. Si tratta di presunzioni al verificarsi delle quali *ipso facto* non può parlarsi di violazione dell'equo processo. La *ratio* della scelta è dunque chiara: porre rimedio alle difficoltà di riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate *in absentia* al fine di assicurare una effettiva armonizzazione degli ordinamenti.

In questo equilibrio così faticosamente raggiunto, l'interpretazione proposta dal giudice spagnolo riaprirebbe lo strappo restituendo ai Paesi membri un significativo margine di discrezionalità per opporsi alla consegna,¹⁶⁵ essa inoltre lederebbe anche il principio della certezza del diritto.

La Corte dunque ha dato peso all'obiettivo perseguito dal legislatore europeo¹⁶⁶ e, nell'operare il bilanciamento¹⁶⁷ tra i diritti di difesa del condannato e l'esigenza di

¹⁶⁵ Di particolare impatto è l'osservazione fatta dall'AG nelle sue conclusioni (punto 103) in base alla quale *"la creazione di un sistema a geometria variabile di questo tipo incoraggerebbe peraltro i delinquenti a rifugiarsi negli Stati membri nei quali le norme costituzionali accordano maggiore protezione rispetto ad altri, pregiudicando così l'efficacia della decisione quadro"* ed ancora, questa volta al punto 120, occorre far in modo che *"nel quadro di quella dimensione transfrontaliera che è lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, le garanzie processuali non siano utilizzate per ostacolare l'esecuzione delle decisioni giudiziarie"*.

¹⁶⁶ [punti 62-63 sentenza] [62] *"Si deve ricordare peraltro che l'adozione della decisione quadro 2009/299, la quale ha inserito tale disposizione [l'art. 4 bis n.d.r.] nella decisione quadro 2002/584, mira a rimediare le difficoltà del riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al suo processo, che derivano dall'esistenza tra gli Stati membri, di differenze nella tutela dei diritti fondamentali. A tal fine tale decisione quadro procede ad un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato di arresto europeo in caso di condanna in absentia, che*

rendere sempre più salda la cooperazione giudiziaria, ha riproposto lo stesso bilanciamento cristallizzato nella decisione quadro modificata.¹⁶⁸

In dottrina non è mancato chi, avallando la scelta fatta dai giudici di Lussemburgo, ha riconosciuto che, nel caso di specie, rimettere in discussione l'uniformità degli standard di tutela dei diritti fondamentali quali definiti e concordati nella decisione quadro, avrebbe determinato un *vulnus* per l'effettività del diritto UE minando peraltro il sottostante valore, altrettanto tutelato, della fiducia tra Stati membri nel reciproco riconoscimento delle proprie decisioni,¹⁶⁹ il quale costituisce presupposto

riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate in absentia raggiunte da mandato di arresto europeo"

[63] *"Di conseguenza, permettere ad uno Stato membro di valersi dell'art. 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro"*

¹⁶⁷ A tal proposito alcuni autori hanno ritenuto che la Corte abbia compiuto un'opera di giurisprudenza "pratica", scegliendo una soluzione «capace di non sfilacciare i già esili elementi di comunanza» tra gli Stati a fronte della tutela di posizioni giuridiche, che, pur non adeguatamente protette in generale nei confronti del contumace nell'ordinamento italiano, e certo meglio assicurate dall'ordinamento spagnolo, erano però state, nel caso in esame, a sufficienza garantite dalla disposizione della decisione quadro; cfr. M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, cit., p. 18.

¹⁶⁸ R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a giudice (eurolunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in

[www.europeanrights.eu/public/comment/Corti_-](http://www.europeanrights.eu/public/comment/Corti_-_lettera_alla_Corte_di_Giustizia_.doc)

[_lettera_alla_Corte_di_Giustizia_.doc](http://www.europeanrights.eu/public/comment/Corti_-_lettera_alla_Corte_di_Giustizia_.doc).pdirittifondamentali., osserva, a difesa della decisione della Corte che essa ha effettivamente operato un bilanciamento adeguato e ponderato, prendendo effettivamente in considerazione e soppesando tutti gli interessi in gioco e non, come invece da altri sostenuto, optando pregiudizialmente per la strenua difesa del principio del primato.

¹⁶⁹ Anche quello della fiducia reciproca tra Stati non è un principio da sottovalutare, infatti, L. RIZZA, *Il caso Melloni: la Corte di giustizia risponde con il primato dell'Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie*, in *I quaderni europei, UniCT*, 53/2013, p. 14-15, l'elaborazione di criteri così stringenti giunge a seguito di un lungo percorso evolutivo di avvicinamento, culturale ancor prima che giuridico, tra ordinamenti in quanto tutto questo presuppone, come la Corte di giustizia non manca di sottolineare (punto 37 sentenza), un elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri, faticosamente raggiunto negli anni. Il mandato d'arresto europeo può reggersi solo sulla fiducia reciproca degli Stati, per essere pienamente efficace, infatti, il principio del riconoscimento reciproco dipende in gran parte dalla creazione di una cultura giudiziaria comune a livello europeo, basata sulla fiducia reciproca, sui principi comuni, sulla cooperazione e su un certo livello di armonizzazione in particolare per ciò che attiene ai diritti processuali. Nello stesso senso I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 93

affinché l'Unione diventi uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Si sarebbe trattato, inoltre, di una lesione tanto più ingiustificata quanto si consideri che le norme della decisione quadro richiamate sono state ritenute conformi sia agli standard di tutela della Carta (artt. 47 e 48.2) sia a quelli della Convenzione e della Corte EDU.

Nella sentenza, però, diversamente da quanto fa l'AG nelle sue conclusioni, non viene sufficientemente sottolineato che il bilanciamento è frutto dell'accordo degli Stati. Il bilanciamento, infatti, prima ancora che giudiziario è frutto di un accordo politico cristallizzato in un testo normativo.

È stato osservato infatti che nell'ambito dell'Ue resta innanzitutto onere degli Stati vigilare affinché non vengano adottati atti lesivi dei propri standard di tutela dei diritti fondamentali.¹⁷⁰

La riflessione sull'*endorsement* politico della scelta della Corte risulta particolarmente interessante se combinata con quanto osservato dall'AG il quale (punti 106-112), a parere di chi scrive, correttamente afferma che è vero che l'interpretazione dei diritti tutelati dalla Carta deve tendere verso livelli elevati di tutela (in questo senso sembrano andare gli artt. 52.3 e 52.4) e tuttavia deve trattarsi di un livello "*consono al diritto dell'Unione*" *id est* coerente con la struttura e, soprattutto, con le finalità dell'Unione tra le quali certamente rientra la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁷¹ cui la necessaria uniformità di applicazione del diritto è strumentale. Se ne deduce che posto che la tutela dei diritti fondamentali rientra tra gli obiettivi dell'Unione (almeno programmaticamente) ma

¹⁷⁰ In base a questa ricostruzione sarebbe stato dunque compito della Spagna, avendo partecipato all'adozione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, previamente verificarne la compatibilità della detta decisione con il proprio livello di tutela, così I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 93.

¹⁷¹ Del resto è lo stesso preambolo della Carta che inserisce la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra gli obiettivi dell'Unione.

non ne costituisce l'unico obiettivo (e forse neppure il preminente), tale tutela vada comunque garantita tenendo conto delle esigenze legate alle attività dell'Unione nonché delle specificità del suo diritto. Si tratta peraltro di un meccanismo non dissimile da quello che opera in ogni ordinamento statale ("pluralista" direi rifacendomi alla lezione di Santi Romano), nel quale sussistono esigenze confliggenti. Né deve stupire che il grado di protezione sia oggetto di un accordo politico (nel senso più alto del termine) dato che, come ricordato dall'AG, i diritti fondamentali oggetto di protezione nonché il grado di protezione che deve essere loro accordato riflettono le scelte di una determinata società in relazione al giusto equilibrio tra gli interessi degli individui e quelli della società. Interpretare l'art. 53 della Carta nel senso che esso permette agli Stati di fare applicazione dei loro livelli di tutela dei diritti fondamentali significherebbe ignorare che la determinazione del livello di protezione dei diritti fondamentali è strettamente legata al contesto (in questo caso europeo) nel quale essa viene compiuta. Ecco perché il livello più elevato di protezione derivante da una Costituzione nazionale non può essere automaticamente applicato.

Il punto sopra esposto costituisce passaggio fondamentale che non può essere ignorato da chi intende esaminare l'attuale stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione europea, ed infatti è ingenuo ritenere che l'Unione assicuri livelli di tutela superiori rispetto a quelli offerti dai singoli Stati per il solo fatto che si sia dotata di una Carta dei diritti fondamentali, ciò può accadere ma non costituisce certamente obiettivo primario dell'Unione. Certamente gli obiettivi dell'Unione si sono ampliati e hanno posto sempre più al centro l'individuo e tuttavia la finalità preminente continua ancora oggi ad essere ben diversa da quella che anima il sistema della Convenzione europea (nata proprio per assicurare più alti livelli di tutela dei

diritti). Tenendo a mente questa consistente differenza, non stupisce allora che il reale significato dell'art. 53 della Carta sia quello di tenere separati gli ambiti e le fonti che in ciascuno di essi operano e, in tal senso, di tutelare e non certo di costituire eccezione al principio del primato.

Di questo importante passaggio occorre prendere atto per rispondere al nostro quesito poiché la valutazione sulla possibilità o meno per la Corte di giustizia di ignorare i più alti livelli di tutela offerti dalle Costituzioni nazionali per riaffermare l'uniforme applicazione del diritto europeo non va fatta in astratto, bensì alla luce degli attuali strumenti normativi esistenti.

La sentenza in esame è stata -come è facile immaginare- molto criticata sotto diversi profili. Si è colto, in primo luogo, un atteggiamento di totale chiusura dei giudici di Lussemburgo in aperto contrasto con lo spirito del dialogo ritenuto, ad oggi, una delle chiavi di volta per governare la complessità del sistema di fonti venutosi a creare in ambito europeo.¹⁷²

Nel merito, l'interpretazione dell'art. 53 della Carta, forse anche perché la Corte non ha dato il giusto peso (come sopra visto notevole) allo specifico contesto nel quale essa si è generata, è stata letta come una difesa a tutti i costi del principio del primato sul cui altare sono stati sacrificati i diritti fondamentali,¹⁷³ il che, in definitiva,

¹⁷² Perché la sentenza non sembri una chiusura al dialogo, dottrina più ottimista cerca di limitarne la portata da un lato evidenziando la connessione con le discipline venute in rilievo dall'altro evidenziando che la Corte non esclude a priori la possibilità che gli Stati offrano maggior tutela purché questo non leda l'omogenea applicazione del diritto UE.

¹⁷³ A. RUGGERI, *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'uomo (notarella a margine della conclusione dell'Avv. Gen. Y. Bot su una questione di interpretazione sollevata dal Tribunale costituzionale spagnolo)*, in <http://www.diritticomparati.it/2012/10/alla-ricerca-del-retto-significato-dellart-53-della-Carta-dei-diritti-dellunione-noterelle-a-margine.html>; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare sistema*, in www.diritticomparati.it, M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, cit., p.16. Orbene, secondo alcuni commentatori, cfr. L. RIZZA, *La Corte di giustizia risponde con il primato dell'Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali*, cit., p. 15, applicare la teoria dei controlimiti al caso di specie avrebbe costituito un immotivato blocco

determina in concreto un effetto al ribasso della tutela dei diritti fondamentali a livello accentrato cioè ogni qual volta ci si trovi nell'ambito di applicazione della Carta.¹⁷⁴ La sua posizione, infatti, è *tranchante*: nella misura in cui il diritto dell'Unione rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza, e prima ancora la CEDU, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, nemmeno nell'ipotesi in cui tali obblighi risultino in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal proprio ordinamento costituzionale.¹⁷⁵

Inoltre è stato detto che la sentenza Melloni sembra porsi in contrasto con il *trend* favorevole ai diritti fondamentali rappresentato dalle sentenze *Schmidberger*, *Omega* e più di recente *Dynamic Sistem*, che esamineremo nel prossimo capitolo. In realtà, a ben guardare, in ogni decisione la Corte ha costantemente fatto sì riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, ma come elemento dal quale trarre ispirazione e dal quale partire per creare un proprio standard e ha altresì sempre sostenuto che la tutela dei diritti fondamentali deve essere assicurata all'interno della struttura e degli scopi dell'Unione, proprio come ricordatoci, in questo caso dall'AG, solo che in quelle altre decisioni richiamate le scelte delle amministrazioni nazionali si inserivano all'interno delle finalità del diritto UE e pertanto erano state avallate dalla Corte.

Certamente una mancanza grave è rappresentata dal fatto che la Corte non faccia alcun riferimento al principio del rispetto delle identità costituzionali degli Stati membri. La ponderazione di questo fattore avrebbe, dal punto di vista della politica giudiziaria, reso evidente che la Corte di Lussemburgo si faceva carico delle istanze nazionali rappresentate dal Tribunale costituzionale spagnolo e, sotto il profilo

alla disciplina del mandato d'arresto europeo per le ragioni sopra illustrate, mentre bene avrebbe fatto la Corte a dare rilievo ai principi del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca tra gli Stati membri.

¹⁷⁴ F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto europeo e controlimiti: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, cit., p. 10.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 11.

strettamente giuridico, avrebbe dato modo alla Corte di esprimersi sul rapporto tra art. 53 della Carta e art. 4.2 del TUE, norma quest'ultima che secondo molti "europeizza" la dottrina dei controlimiti, nel senso che fa transitare tale teoria all'interno del *corpus* normativo europeo proprio attraverso la positivizzazione del principio del rispetto delle identità costituzionali. Il substrato teorico del quesito posto dal giudice spagnolo è infatti chiaramente rappresentato dalla teoria dei controlimiti, intesa nella maniera tradizionale e tutta interna all'ordinamento nazionale, ecco perché l'AG¹⁷⁶ ha sentito l'esigenza di richiamare il principio del rispetto della identità costituzionale degli Stati membri e di precisare che l'elemento dissonante venuto in rilievo nel caso di specie non era tale da ledere l'identità costituzionale del Regno di Spagna, prova ne sia il fatto che il legislatore europeo ha adottato l'art. 4 bis della decisione quadro e nessuno degli Stati membri, compresa la Spagna, ha sentito il bisogno di investire della questione il Consiglio europeo ai sensi dell'art. 82.3 del TFUE.¹⁷⁷

Stante quanto sopra è possibile affermare che il risultato finale della decisione della Corte è in sé condivisibile e tuttavia con l'omissione di ogni riferimento all'evocato principio del rispetto delle identità costituzionali degli Stati i giudici lussemburghesi hanno perso una importante occasione di dialogo con le altre Corti nazionali. Un tale atteggiamento alimenta, inoltre, l'impressione che il bisogno indisponibile di

¹⁷⁶ Punti 137-145 delle conclusioni, in particolare al punto 140 è dato leggere: "*Nella fattispecie non ci troviamo, tuttavia, di fronte ad una simile ipotesi. A tale proposito le discussioni che si sono tenute sia in seno al Tribunal Constitucional sia dinanzi alla Corte mi convincono del fatto che la determinazione della portata del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa in caso di sentenza contumaciale non è tale da ledere l'identità nazionale del Regno di Spagna.*"

¹⁷⁷ Proprio con riferimento allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'art. 67 co. 1 TFUE ribadisce, insieme alla garanzia della tutela dei diritti fondamentali, anche l'osservanza del principio del rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri.

assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'UE non possa arrestarsi davanti ad alcun ostacolo, fosse anche dato dai principi fondamentali di diritto interno.¹⁷⁸

Così facendo, dunque, la Corte non prende in considerazione una delle più rilevanti risorse introdotte dal Trattato di Lisbona nell'intento di preservare il difficile e pur sempre precario equilibrio tra uniformità e differenziazione che caratterizzano le relazioni tra Unione e Stati membri, nell'incessante rinnovarsi di quell'ordine "intercostituzionale" che è proprio dell'ordinamento sovranazionale.

Come vedremo nella seconda parte del presente lavoro la c.d. *identity clause* è, a parere di chi scrive, uno degli strumenti più utili per risolvere i conflitti tra primato e tutela dei diritti fondamentali, ecco perché andrebbero potenziati i riferimenti all'art. 4.2 TUE da parte della Corte la quale, sinora, ne ha fatto un uso piuttosto limitato.

3 L'ambito di applicazione della Carta

Il disposto dell'art. 53 della Carta resterebbe monco se non lo si leggesse insieme a quello dell'art. 51.1 dello stesso documento.

Esso stabilisce che *“Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze”*.

¹⁷⁸ A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare sistema*, cit.

La formulazione della norma risente dell'esigenza avvertita dai redattori di assicurare gli Stati membri più reticenti sul fatto che l'attuazione e l'applicazione della Carta non avrebbero inciso sulla ripartizione verticale delle competenze e dei poteri e non avrebbero comportato alcuna trasformazione in senso federale dell'Unione.

Come si può osservare, l'articolo in esame precisa, in primo luogo, che la Carta si applica alle istituzioni e agli organi europei e ciò in quanto, aderendo alle indicazioni del Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999 la Carta doveva innanzitutto garantire la tutela dei diritti fondamentali nei confronti di tali soggetti in quanto era proprio nei loro confronti che il vuoto andava colmato posto che le istituzioni dei singoli Paesi membri erano già vincolate alle rispettive Carte costituzionali.

La Carta, però, e questo è il passaggio che qui maggiormente interessa, vincola anche le istituzioni degli Stati membri sebbene “*esclusivamente [quando agiscano n.d.r.] nell'attuazione del diritto dell'Unione*”.

La formula usata dalla norma è in realtà piuttosto ampia e pertanto occorre darle un significato più preciso.

Già prima dell'adozione della Carta di Nizza la Corte di giustizia si era trovata a delimitare il campo di applicazione dei diritti fondamentali europei. In più di un'occasione i giudici di Lussemburgo avevano costantemente affermato che i diritti fondamentali dell'Unione interessavano gli Stati membri nella misura in cui essi agissero “nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione”.¹⁷⁹ Risultava dunque chiaro che i diritti fondamentali europei entravano in gioco ogni volta che -ma soltanto se- venisse in rilievo il diritto europeo, meno chiare, invece, erano le condizioni di applicabilità del diritto europeo in quanto mai la Corte le ha definite in

¹⁷⁹ Corte di giustizia, sentenza del 18 giugno 1991, *ERT*, C-260/89 punto 42.

maniera generale e astratta; se si scorre la giurisprudenza dei giudici lussemburghesi sul punto si rileva, infatti, che nella maggior parte dei casi essi dopo aver richiamato il principio sopra indicato hanno proceduto a valutare se nel caso di specie sussisteva o meno quel “nesso sufficiente”¹⁸⁰ tra il diritto sovranazionale e la normativa interna in esame senza dilungarsi ulteriormente nell’approfondimento teorico della formula.¹⁸¹ È tuttavia possibile distinguere alcune ipotesi in cui la Corte in genere ritiene applicabile il diritto dell’Unione e quindi i diritti fondamentali europei per come contemplati dalla Carta dei diritti e interpretati dalla Corte di giustizia.

In primo luogo ciò accade quando il Paese membro applica o dà esecuzione al diritto sovranazionale.¹⁸² La giurisprudenza della Corte interpreta in maniera piuttosto ampia il concetto di “applicazione”, questa nozione non copre solo i casi in cui gli Stati emanino atti direttamente attuativi del diritto europeo, come per esempio le norme di attuazione di una direttiva¹⁸³ o l’adozione di una decisione amministrativa sulla base di un regolamento, ma si riferisce anche alle norme nazionali ricadenti nel campo di attuazione del diritto dell’Unione¹⁸⁴ oppure, ancora, alla regolamentazione nazionale che serve a dare più in generale attuazione alle disposizioni dell’Unione comprese quelle relative alla tutela giuridica richiesta dal diritto dell’Unione.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Corte di giustizia, sentenza del 29 maggio 1997, *Kremzon*, C-299/95, punto 16.

¹⁸¹ Come è stato notato da A. ÉPINEY, *Le champ d’application de la Charte des droits fondamentaux: l’arrêt Fransson et ses implications*, in *Cahiers de droits européenne*, 2/2014, p. 287, si tratta dello stesso approccio che la Corte adotta quando si tratta di definire il campo di applicazione dei Trattati ai sensi dell’art. 18 TFUE.

¹⁸² Tra le tante, Corte di giustizia, sentenza del 27 giugno 2006, *Parlamento v. Consiglio* C-540/03 e Corte di giustizia, sentenza del 13 luglio 1989 *Wachauf* C-5/88. Si nota che la sentenza *Wachauf* è una delle poche in cui la Corte usa la dizione “dare attuazione” la scelta è probabilmente legata alla fattispecie concreta in quel caso esaminata.

¹⁸³ Recentemente, Corte di giustizia, sentenza del 20 settembre 2013, *IBV & CIE*, C-195/12 in cui in cui veniva in rilievo la trasposizione della direttiva 2004/8 nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali.

¹⁸⁴ Le più significative in questo senso sono: Corte di giustizia, sentenza del 29 maggio 1997, *Kremzon*, cit., punto 15, o Corte di giustizia, sentenza del 18 dicembre 1997, *Annibaldi*, C-309/96, punto 13.

¹⁸⁵ Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2003, *Steffensen*, C-276/01.

In secondo luogo, entrano in gioco i diritti dell'Unione quando una misura statale costituisce una limitazione all'esercizio di libertà fondamentali garantite dal diritto europeo.¹⁸⁶ In dottrina si è fatto riferimento a queste due ipotesi come alla dottrina della *incorporation*.¹⁸⁷

Come anticipato sopra, l'attuale formulazione dell'art. 51 accoglie una formula differente rispetto a quella più frequentemente utilizzata dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza relativa all'ambito di applicazione dei diritti fondamentali europei, nel testo della norma troviamo infatti la dicitura “*in attuazione del diritto dell'Unione*” piuttosto che quella “*nell'ambito di applicazione*”. Un tale cambiamento aveva ingenerato nella dottrina vari dubbi sull'effettiva continuità, sotto questo aspetto, tra la Carta e la costante giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo. In particolare, la diversa formulazione aveva portato parte della dottrina a pensare ad una volontà di dotare la Carta di un ambito di applicazione più limitato rispetto a quanto affermato dalla Corte nella giurisprudenza citata; ed, infatti, seguendo la formulazione letterale dell'art 51.1 si era ipotizzato che la Carta limitasse il campo di applicazione dei diritti protetti alle sole attività statali di

¹⁸⁶ Corte di giustizia, sentenza del 12 giugno 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Corte di giustizia, sentenza del 26 giugno 1997, *Familiapress*, C-368/95, punto.

¹⁸⁷ Per un approfondimento sul tema della *incorporation* si veda cfr. L. H. H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 135 ss. Secondo parte della dottrina A. ÈPINEY, *Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux: l'arrêt Fransson et ses implications*, in *Cahiers de droits européenne*, 2/2014, p. 188, un terzo caso in cui dovrebbero applicarsi i diritti fondamentali europei si verifica nel caso in cui il diritto derivato che gli Stati membri si trovano ad applicare o trasporre nei loro ordinamenti lascia loro un margine di discrezionalità senza tuttavia obbligarli ad utilizzarlo. In questo senso particolarmente esplicativa sarebbe la sentenza *N.S.*, (Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S.* C-411-10 e C-493/10) nella quale si statuisce che se lo Stato membro decide di fare uso del suo potere di esaminare direttamente una domanda di asilo piuttosto che rinviare il richiedente allo Stato competente in base al sistema di Dublino, ciò costituisce secondo la Corte un caso di attuazione del diritto dell'Unione poiché si tratta di una possibilità comunque ancorata alla disciplina sovranazionale. Il fatto che lo Stato sia libero di ricorrere a questa possibilità non cambia nulla per ciò che riguarda l'applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione. In realtà, vero è che lo Stato membro che sceglie di esaminare la richiesta dovrà farlo comunque in base alla disciplina europea, e tuttavia ciò non discende dalla scelta discrezionale di esaminare o rinviare il richiedente asilo bensì dagli obblighi generalmente incombenti sugli Stati membri. Si ritiene, invece, come si dirà nel paragrafo successivo, che l'elemento della discrezionalità sia una importante valvola di sfogo che permette di raccordare unità sovranazionale e pluralità degli ordinamenti nazionali.

adozione di atti in attuazione di normative, mentre la versione giurisprudenziale della medesima dottrina, facendo in genere riferimento all'applicazione piuttosto che all'attuazione, come visto, sembrava abbracciare ogni attività degli Stati membri che interferiva o comunque ricadeva nel campo di interesse del diritto europeo.¹⁸⁸ La Corte di giustizia, pur avendo già avuto varie occasioni di pronunciarsi sull'inciso "problematico" dell'art. 51, par. 1, della Carta, aveva invero evitato, sino alla sentenza Fransson,¹⁸⁹ di assumere una posizione netta e trasparente al riguardo.

Il caso nasce dal rinvio pregiudiziale operato dal tribunale di primo grado svedese ed è volto a chiarire se il principio del *ne bis in idem* si oppone a che procedimenti penali per frode fiscale siano avviati contro un imputato, quando quest'ultimo abbia già subito una sanzione fiscale per gli stessi fatti. Che la fattispecie presa in esame rientrasse nel campo di attuazione del diritto europeo non era affatto scontato ed anzi era stato escluso dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni.¹⁹⁰

Sul punto la Corte ha preliminarmente confermato la giurisprudenza tradizionale in base alla quale *"i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse"* pertanto *"A tal proposito la Corte ha già ricordato che essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell'ambito del diritto dell'Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell'ambito di applicazione di tale diritto, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto"* (punto 19). La Corte, quindi,

¹⁸⁸ R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 350.

¹⁸⁹ Corte di giustizia, sentenza del 20 febbraio 2013, *Akerberg Fransson*, C-617/10.

¹⁹⁰ Conclusioni dell'AG, nella causa *Akerberg Fransson*, C-617/10, punti 56, 63, 64.

anche dopo l'adozione della Carta di Nizza conferma che l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali europei e del diritto europeo coincidono, si può dunque continuare ad affermare che, utilizzando una efficace immagine proposta dalla dottrina e già sopra richiamata, la Carta costituisce *“the shadow of EU Law”*.

La Corte conferma la giurisprudenza tradizionale anche sulla scorta di quanto è dato leggere nelle Spiegazioni della Carta,¹⁹¹ le quali, riprendendo la terminologia propria della giurisprudenza europea precedente, stabiliscono che *“l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell’ambito dell’Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione”*.

Ne consegue che l'assenza di uno specifico provvedimento di attuazione non impedisce alla Carta di operare ogniqualvolta la fattispecie ricada comunque in uno degli obiettivi previsti dai Trattati istitutivi.

Stando a quanto statuito dalla Corte in questa occasione, dunque, lo scopo dell'art. 51 non sarebbe quello di limitare il controllo della Corte ai soli atti interni specificamente connessi al diritto UE, ma si tratterebbe di norma meramente confermativa dell'orientamento giurisprudenziale precedente alla introduzione della Carta.

La necessaria coincidenza tra il campo d'azione del diritto europeo e quello della Carta è peraltro confermata dagli artt. 6.1 TUE e 51.2 della Carta in materia di competenze dell'Unione sopra richiamate.

Sebbene la Corte in questa decisione parta da delle premesse del tutto condivisibili e in apparenza meramente confermativo rispetto alla giurisprudenza precedente alla Carta, tuttavia le conclusioni alle quali giunge sembrano andare oltre le premesse anche in considerazione delle eccezioni sollevate dall'Avvocato Generale nelle sue

¹⁹¹ Sul valore delle spiegazioni della Carta si veda quanto detto più sopra alla nota n. 23.

conclusioni che lo hanno portato ad escludere, nel caso di specie, la competenza della Corte a pronunciarsi.

Ed infatti, nel caso di specie la Corte ritiene che le norme nazionali in esame che comminano sanzioni (penali e amministrative) per le ipotesi di violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA rientrino nell'ambito di applicazione del diritto europeo in quanto sia la direttiva 2006/112/CE del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, sia le disposizioni dei Trattati prevedono l'obbligo degli Stati membri di adottare tutte le misure legislative e amministrative utili al fine di garantire che l'IVA sia interamente riscossa nel suo territorio e a lottare contro la frode (punto. 25).

Secondo la Corte tale conclusione non è contraddetta dal fatto che la legislazione nazionale che serviva da supporto a tali sanzioni e procedimenti non fosse stata adottata con l'obiettivo preciso di trasporre una direttiva di armonizzazione dell'Unione e che i procedimenti penali avessero potuto essere attivati solo sulla base di questa legislazione e ciò in quanto dette disposizioni interne mirano comunque a sanzionare una violazione delle disposizioni di quella direttiva *“e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione”* (punto. 28).

È importante riportare quanto deciso in questo caso dai giudici europei in quanto proprio questa sentenza ha alimentato l'opinione di molti commentatori in base alla quale la Corte stesse surrettiziamente adottando una interpretazione estensiva della disposizione di cui all'art. 51.1. della Carta, ed infatti vero è che la norma nazionale presa in esame in questo caso di fatto va a tutelare un interesse europeo, e tuttavia la sua adozione non è espressamente richiesta dalla direttiva.

Ai fini del presente lavoro, il risultato raggiunto nel caso concreto ha un rilievo relativo, anche perché secondo i più strettamente legato alle peculiarità della normativa nazionale in esame,¹⁹² molto più rilevante, risultano, invece, l'affermazione di principio in base alla quale l'adozione della Carta non innova rispetto al passato nonché gli sviluppi successivi della giurisprudenza della Corte la quale ha confermato l'interpretazione restrittiva della citata norma; il merito della decisione in esame ha qui rilievo solo nella misura in cui testimonia la forza espansiva degli ambiti di competenza del diritto europeo.

Il punto risulta piuttosto delicato a parere di chi scrive in quanto si ritiene che per dare la maggiore tutela possibile ai diritti fondamentali nazionali occorra in primo luogo lasciar loro un ambito di applicazione quanto più ampio possibile, un tale risultato passa inevitabilmente per una interpretazione restrittiva dell'articolo in commento che sia, quindi, meno invasiva possibile dei campi di competenza degli Stati membri. Sembra logico pervenire a una tale conclusione anche alla luce dell'art. 53 della Carta, norma esaminata nel paragrafo precedente e che, a parere di chi scrive, va considerata complementare rispetto all'art. 51.1. Se è vero, infatti, che l'art. 53 non fissa alcun limite minimo di tutela ma si limita a garantire l'efficacia delle Costituzioni nazionali *“nei rispettiv[i] ambiti di applicazione”*, allora, una lettura garantista delle prerogative delle carte costituzionali nazionali non può che lasciare ad esse il maggior spazio d'azione possibile.

¹⁹² R. CONTI, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di identificazione dei “confini” tra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte di giustizia 6 marzo 2014, causa C_206/13 Cruciano Siragusa*, in www.giurcost.it. Secondo l'A. anche *Fransson* si inserisce nel solco del costante orientamento; in quel caso l'aver considerato che le misure repressive di condotte evasive degli obblighi fiscali sanciti a livello UE non potevano sottrarsi alla disciplina europea non determina un'apertura significativa della Carta ad ambiti non UE ma, al massimo, testimonia la capacità espansiva degli ambiti di regolazione sovranazionale. Sulla stessa linea si pongono le aperture in tema di cittadinanza e nell'abito dei c.d. diritti di soggiorno derivati in favore dei familiari dei lavoratori migranti la cui ratio è quella di assicurare la piena ed effettiva libertà di circolazione dei cittadini europei, libertà che altrimenti sarebbe pregiudicata (v. sentenza Alokpa C-86/12 punto 22).

A volerla vedere da un altro punto di vista, lo sviluppo di un'interpretazione estensiva dell'art. 51.1 sottrarrebbe spazio all'attività delle Corti costituzionali nazionali e ciò andrebbe, nella maggior parte dei casi, a detrimento della tutela dei diritti fondamentali o, quanto meno, delle loro peculiarità costituzionali.

Assolutamente condivisibile è quindi la linea di *self-restraint* in tempi più recenti seguita dai giudici di Lussemburgo improntata all'applicazione del principio di sussidiarietà anche nel campo della tutela dei diritti fondamentali.¹⁹³

Quali indicazioni seguire, allora, per capire se ci si trovi o meno in presenza di un collegamento sufficiente con il diritto dell'Unione, posto che sia l'espressione "attuazione" che "ambito di applicazione" sono di per sé espressioni piuttosto ampie alle quali possono essere dati significati in concreto diversi?

Certamente per dare una risposta è necessario procedere di volta in volta a una attento esame della fattispecie e tuttavia è possibile individuare alcune direttrici generali che ancora una volta sono tratte dalle più recenti decisioni della Corte di giustizia.

Un recente esempio di tale rigore può essere riscontrato nella sentenza *Hernández*.¹⁹⁴ In questo caso una giurisdizione spagnola si poneva la questione della compatibilità con l'art. 20 della Carta di una legislazione nazionale che permetteva al lavoratore di richiedere direttamente allo stato il pagamento delle retribuzioni maturate durante la procedura di contestazione di un licenziamento a partire dal sessantesimo giorno successivo al deposito del ricorso, in caso di insolvenza del datore di lavoro. Per rispondere, la Corte si pone preliminarmente il problema di stabilire se la fattispecie in questione coinvolgesse un problema di interpretazione e applicazione di una

¹⁹³ Si vedano in questo senso Corte di giustizia, sentenza del 12 novembre 2010, *Asparuhov Estov e a.*, C-339/10, punto 14, sentenza del 1 marzo 2011, *Charty*, C-457/09, punto 25, C-462/11, sentenza del 14 dicembre 2011, *Cozman*, C-462/11, punto 15

¹⁹⁴ Corte di giustizia, sentenza del 10 luglio 2014, *Hernandez*, C-139/13.

norma di diritto europeo “diversa e ulteriore” rispetto al solo articolo 20 della Carta, nel caso di specie la direttiva 2008/94/CE in materia di protezione dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. Per capirlo, ci dice la Corte, è necessario verificare: a) –con riferimento alla norma nazionale- se la normativa nazionale ha per scopo l’attuazione di una disposizione di diritto dell’Unione, il carattere di questa normativa e se essa persegue obiettivi diversi da quelli coperti dal diritto UE nonostante sia suscettibile di incidere indirettamente su quest’ultimo; b) – con riferimento alla normativa europea- se esiste una normativa di diritto dell’Unione specifica nella materia o suscettibile di interessarla (punti 35-6-7).¹⁹⁵ La Corte constata allora che la legislazione nazionale realizza uno scopo diverso rispetto a quello perseguito dalla direttiva 2008/94 ed infatti mentre quest’ultima mira a tutelare i crediti dei lavoratori nei confronti del datore di lavoro, la norma interna invece è volta a creare un regime di responsabilità dello Stato per funzionamento anormale del suo apparato giudiziario. Vero è che l’art. 1 comma 1 della citata direttiva prevede la facoltà per gli Stati di introdurre regimi normativi più favorevoli per i lavoratori, e tuttavia detto articolo non conferisce agli Stati una facoltà normativa derivante dal diritto UE ma si limita a riconoscere agli stessi il potere, in forza del loro diritto interno, di prevedere disposizioni più favorevoli al di fuori del contesto del regime stabilito da tale direttiva (punto 44). La Corte aggiunge inoltre che essa avrebbe potuto superare la mancanza di collegamento e applicare gli standard europei di tutela dei diritti fondamentali ove ciò fosse stato necessario ad evitare l’applicazione di norme nazionali lesive di tale tutela al fine di preservare l’unità, il primato e l’effettività del diritto sovranazionale, tuttavia proprio perché la

¹⁹⁵ I. ANRÒ, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU. L’evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, p. 47. A questo proposito può essere ricordate queste decisioni: *Annibaldi*, cit., punti 21-23, sentenza del 8 novembre 2012, *Ilda*, C-40/11, punti 79, *Ymeraga*, cit., punto 41, sentenza del 6 marzo 2014, *Siragusa*, C-206/13, punto 25).

norma nazionale non rientra nel campo di applicazione del diritto sovranazionale un tale rischio, a suo giudizio, è escluso.

I criteri di cui alle lettere a) e b) sono stati ribaditi anche nella sentenza *Siragusa*,¹⁹⁶ anche in quel caso, nato da un rinvio del giudice amministrativo che chiedeva se l'art 167 del d.lgs. 42/2004, normativa in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio, nell'escludere in modo presuntivo da qualsivoglia accertamento di compatibilità paesaggistica una categoria di opere abusive eseguite senza il nulla osta della sovrintendenza e comminando per esse la sanzione demolitoria, potesse configurare una ingiustificata e sproporzionata lesione del diritto di proprietà garantito dall'art. 17 della Carta ove questa fosse interpretata nel senso che le limitazioni al diritto di proprietà possano essere imposte solo a seguito di un accertamento della effettiva -e non solo potenziale- esistenza di un interesse contrapposto.¹⁹⁷

La Corte rileva che nessuna delle norme richiamate dal giudice del rinvio impongono obblighi specifici di tutela del paesaggio agli Stati e risponde che il procedimento che impone al proprietario la dismissione delle opere realizzate in violazione dei beni culturali e paesaggistici non mostra alcun collegamento con il diritto UE in materia di ambiente; non sono dunque invocabili i diritti fondamentali europei in quanto non basta che sia lamentata la lesione di una norma della Carta occorre altresì che operi nel caso oggetto del giudizio un'altra norma del diritto europeo, altrimenti la Carta

¹⁹⁶ Sentenza *Siragusa*, cit.: “occorre verificare, tra le altre cose, se essa abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell’Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell’Unione che disciplini specificatamente la materia o che possa incidere sulla stessa”.

¹⁹⁷ A sostegno della propria tesi il giudice *a quo* richiamava anche il principio di proporzionalità in quanto principio generale del diritto dell’Unione. Il giudice del rinvio ricordava anche che l’ambiente è materia di competenza dell’Unione (3.3 TUE, 21.2.f) TUE, 4.2.e) TFUE, 11 TFUE e 191 TFUE) e che, nel diritto dell’Unione, la materia della tutela del paesaggio non è autonoma né concettualmente distinta rispetto alla materia della tutela ambientale.

vincolerebbe gli Stati in tutte le materie in ragione della natura trasversale dei diritti fondamentali in essa contemplati.

La Corte in questa decisione conferma, inoltre, che la nozione di “*attuazione del diritto dell’Unione*” richiede l’esistenza di un collegamento di una certa consistenza che vada al di là dell’affinità tra le materie prese in considerazione o dell’influenza indirettamente esercitata da una materia sull’altra e precisa, inoltre, che sono inapplicabili i diritti fondamentali comunitari quando la normativa europea non impone alcun obbligo agli Stati in relazione alla situazione oggetto del procedimento principale.¹⁹⁸

Del resto l’obiettivo della tutela dei diritti fondamentali europei è quello di far sì che tali diritti vengano rispettati negli ambiti di attività dell’Unione a prescindere dal fatto che l’attività sia svolta direttamente dalle istituzioni europee o passi per l’attuazione degli Stati membri e ciò al fine di evitare che una tutela dei diritti variabile a seconda del diritto nazionale considerato pregiudichi l’unità, il primato e l’effettività dell’Unione; ecco che emerge, ancora una volta, la preoccupazione (primaria) della Corte di salvaguardare la effettiva ed omogenea applicazione del diritto europeo.

In conclusione, il solo fatto che una misura nazionale ricada in un settore nel quale l’Unione è competente non può di per sé collocarla nella sfera di applicazione del diritto dell’Unione.¹⁹⁹

¹⁹⁸ In questo senso vedi anche Corte di giustizia, sentenza del 12 marzo 2014, *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, C-456/12 punto 23 e Corte di giustizia, sentenza del 13 giugno 1996, *Maurin* C-144/95 punti 11-12.

¹⁹⁹ Vedi sentenze *Hernandez* punti 34-55-69-70, *Gueye e Salmerón Sanchez* C-483/09 e C-1/11 punti 43-46, *Pringle* C-370/12 punti 104-105-180-181. Nella sentenza *Pfleger* (sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12) la Corte fa una importante precisazione e dice che “*quando uno Stato membro invoca ragioni imperative di interesse generale per giustificare una normativa idonea a frapporre ostacolo all’esercizio della libera prestazione di servizi, tale giustificazione, prevista dal diritto dell’Unione, deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto dell’Unione e, in particolare, dei diritti fondamentali ormai garantiti dalla Carta. Pertanto la normativa nazionale considerata potrà fruire delle eccezioni previste solo se è conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il*

Nonostante l'individuazione di queste direttrici è poi spesso difficile in concreto stabilire se si rientri o meno nel campo di attuazione dell'Unione e ciò accade sia perché esistono molti ambiti in cui le competenze dell'Unione e quelle degli Stati si intrecciano indissolubilmente, sia per la forza espansiva dei campi chiaramente attribuiti alla fonte sovranazionale. A ben guardare infatti la posizione della Corte altro non è che l'applicazione alla materia in esame del principio di attribuzione in base al quale l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti ed è peraltro coerente con gli artt. 6.1 TUE –per cui la Carta non estende le competenze- e 51.2 della Carta –che, come visto, ribadisce lo stesso concetto-.

A giudicare dalle decisioni più recenti sul punto, sembra dunque smentita la previsione da alcuni fatta²⁰⁰ in base alla quale la nuova formulazione dell'art. 51 (nonché l'adozione della Carta in sé) avrebbe potuto portare a un progressivo e nascosto ampliamento dell'attuale controllo giudiziario degli Stati membri da parte dei giudici di Lussemburgo.

Dall'applicazione di una interpretazione tanto restrittiva dell'art. 51 della Carta potrebbe, però, anche derivare una minor tutela per i diritti fondamentali, nel caso in cui il livello europeo garantisca degli standard più alti rispetto a quanto fatto dalle Costituzioni interne. Non è infatti detto che lo standard nazionale sia di per sé migliore rispetto a quello europeo.

In questi casi non si può ritenere che la Carta risulti vincolante per gli Stati, ed infatti, sebbene esistano diversi casi in cui la Corte di giustizia abbia di fatto forzato l'interpretazione del concetto di ambito di applicazione del diritto europeo per

rispetto” (punto 35) e l'applicazione di tali eccezioni potrà essere considerata come “*un'attuazione del diritto dell'Unione*” ex 51.

²⁰⁰ R. A. GARCÍA, *The general provisions of the Charter of fundamental rights of the Europea Union*, *Jean Monnet Working Paper* 4/02, p.17.

assicurare ad alcuni diritti una maggior tutela rispetto a quella che veniva fornita dallo Stato membro coinvolto nella vicenda,²⁰¹ tuttavia non è possibile ritenere i

²⁰¹ L'inizio degli anni 2000 è caratterizzato da una certa "euforia costituzionale", durante quel periodo era infatti in discussione presso la Convenzione (l'organismo presieduto da Roman Herzog incaricato di redigere la Carta) il testo della Carta. Proprio all'inizio del 2000, la Corte di giustizia decide il caso *Kreil* (sentenza del 11 gennaio 2000, *Kreil* C-285/1998). Il caso nasce dalla interpretazione consolidata dell'art. 12 del *Grundgesetz* tedesco secondo la quale, in materia di servizio militare, le donne potevano essere chiamate soltanto a svolgere servizi di natura civile negli ospedali e nelle strutture sanitarie fermo restando il divieto di svolgere servizi all'interno delle forze armate che comportassero l'uso di armi; secondo il giudice del rinvio detta normativa si poneva in contrasto con il divieto di discriminazione sulla base del sesso come sancito dalla direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976 (1976/207/CEE). I giudici di Lussemburgo evitarono di sottolineare la portata costituzionale del conflitto, l'analisi si concentrò soprattutto sulle norme di attuazione dell'art. 12 del *Grundgesetz* e sulla citata direttiva tenendo fuori, dunque, la Costituzione tedesca, da un lato, e il Trattato, dall'altro, (art. 141 Trattato CEE). La Corte dichiarò che la direttiva del 1976 "*osta all'applicazione di norme nazionali, come quelle del diritto tedesco, che escludono in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi e che ne autorizzano soltanto l'accesso ai servizi di sanità e alle formazioni musicali militari*". Per la prima volta a seguito di questa sentenza uno Stato membro era costretto a modificare la propria Costituzione. In realtà qualche dubbio sulla competenza della Corte era stato avanzato dallo Stato tedesco dato che l'organizzazione militare è certamente materia rimasta tra le competenze esclusive degli Stati membri. Tuttavia la Corte rispose che vero è che gli Stati membri hanno diritto di stabilire le misure più adeguate per garantire la loro sicurezza ma ciò non comporta "*che siffatte decisioni debbano esulare del tutto dall'ambito di applicazione del diritto comunitario*", da qui l'applicabilità della direttiva sul divieto di discriminazione anche a un caso relativo alle forze armate. L'assunto implicito è che anche l'assunzione nelle forze armate sia soggetto alle regole sul pubblico impiego, il che non è del tutto pacifico e incontrovertibile. La decisione non sollevò tuttavia critiche in quanto in questo caso l'imposizione del diritto UE a scapito di quello tedesco non faceva altro che affermare il principio di uguaglianza sulla base del sesso, che è diritto uniformemente accettato in tutti gli Stati membri specie nella sua versione minimalista della non discriminazione, in definitiva ampliando la tutela offerta. Altri due casi che forzano l'interpretazione tradizionale a favore dei diritti individuali sono rappresentati dalle sentenze *K.B.* (Corte di giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, C-117/01) e *Richards* (Corte di giustizia, sentenza del 27 aprile 2006, C-423/04), in entrambi i casi vengono in rilievo i diritti dei transessuali all'interno dell'ordinamento britannico. In particolare, al tempo la normativa britannica consentiva il cambio di sesso e tuttavia non consentiva che tale mutamento venisse registrato all'anagrafe impedendo così al transessuale di godere dei diritti collegati al proprio nuovo status. Così nel primo caso la signora KB non aveva mai potuto contrarre matrimonio con il suo convivente R., persona nata di sesso femminile e diventata successivamente uomo, e di conseguenza il sig. R non avrebbe potuto godere della pensione di reversibilità della moglie che il sistema inglese riservava alle coppie sposate. Nel secondo caso, invece, la sig.ra Richards, nata uomo e diventata donna, avanzava il diritto di poter accedere alla pensione al compimento del 60° anno di età, soglia riservata alle sole donne, ma si vedeva rigettare la sua istanza poiché dai documenti anagrafici risultava ancora uomo. Anche in questo caso il diritto leso era quello della discriminazione sulla base del sesso. In entrambi i casi la Corte di giustizia ha ritenuto la normativa britannica lesiva del principio di uguaglianza tra i sessi. Aspetto interessante ai nostri fini è che i diritti fondamentali europei invocati andavano ad incidere, così come accadeva nel caso tedesco, su un campo estraneo alle competenze dell'Unione quale il regime dello stato civile britannico. La Corte, dunque, dilatava anche in questi casi i confini dell'*incorporation* poiché i casi trattati si trovavano al di fuori delle ipotesi tipiche in cui, secondo l'interpretazione tradizionale, i diritti fondamentali europei trovano spazio e cioè, oltre che nei casi in cui vengono in gioco gli atti comunitari, anche quando si discute di atti statali che costituiscono applicazione del diritto comunitario e quando gli Stati agiscono in deroga alle libertà fondamentali. La Corte giustificava la sua scelta affermando che la legislazione inglese sull'anagrafe non mette in pericolo direttamente un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario ma incide su una delle condizioni per il suo godimento. La disparità di trattamento non riguardava dunque il riconoscimento della pensione di reversibilità o dell'età pensionabile ma una condizione preliminare indispensabile ossia la trascrizione del mutamento di sesso e dunque la capacità di contrarre

giudici nazionali obbligati ad applicare la Carta al di fuori del campo delineato *ex art.* 51, in quanto la Carta vive all'interno dell'UE e il suo giudice massimo è la Corte di giustizia la quale non potrebbe spingere la propria opera di interpretazione al di là degli ambiti di competenza del diritto sovranazionale nelle questioni puramente interne, pertanto ritenere i giudici nazionali obbligati ad applicarla anche fuori da tali ambiti significherebbe ammettere che essi possano procedere a interpretazioni autonome della Carta slegate cioè dal filo diretto rappresentato dal rinvio pregiudiziale.

Tuttavia, anche alla luce dei precedenti della Corte di giustizia che mostrano una forza intrinsecamente espansiva dei diritti europei, si ritiene che i giudici interni possano far uso della Carta al di là del perimetro rappresentato dal diritto UE in qualità di strumento interpretativo, così come avviene in genere per gli altri strumenti internazionali e nazionali che possono incidere sulla decisione del giudice sempre più condizionata dal metodo comparativo.²⁰² Si tratta chiaramente di una scelta fortemente auspicabile ma alla quale i giudici nazionali non sono vincolati e che certamente costituisce l'altra faccia del dialogo tra giudici, essenziale per il raggiungimento, da un lato, dell'equilibrio tra gli organi giudiziari e, dall'altro, per la miglior tutela dei diritti.²⁰³

È poi sempre possibile l'applicazione dei maggiori standard di tutela dei diritti fondamentali previsti dalle norme nazionali rispetto a quelli europei anche all'interno

matrimonio. Aspetto interessante è che, in questi casi, in genere la questione della competenza o meno della Corte non viene presa in esame ma viene presupposta.

²⁰² R. CONTI, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di identificazione dei "confini" tra diritto UE e diritti nazionali*, cit.

²⁰³ In tal senso v. Cass 9595/2012 in materia di indennizzo a seguito di esproprio, secondo cui il principio dell'integrale ristoro sancito senza limitazioni dalla Carta non poteva trovare accoglimento in quanto siffatta applicabilità diretta della Carta è predicabile solo nelle ipotesi per le quali la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo e non già se essa è regolata da norme nazionali prive di legame con il diritto dell'unione, in tal senso la generica previsione di una "giusta indennità" di cui all'art. 17 Carta è priva di attitudine regolatrice non prevedendo alcun criterio o parametro determinativo. R. CONTI, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di identificazione dei "confini" tra diritto UE e diritti nazionali*, cit.

dell'ambito di applicazione del diritto europeo quando ciò però non leda il livello di tutela previsto dalla Carta, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto europeo.²⁰⁴

L'affermazione, che a prima vista può sembrare scontata, rivela invece tutta la sua importanza ove si consideri ipoteticamente il suo opposto, immaginiamo infatti che fosse proibito agli Stati membri applicare i propri standard anche nel caso in cui le norme di fonte sovranazionale lascino loro uno spazio di regolamentazione autonoma. L'esistenza di questo spazio fa sì che le autorità nazionali siano libere di agire in un modo o nell'altro, e se esse lo fanno o meno dipende interamente da loro. Secondo la prospettazione ipotetica prima proposta, invece, sarebbe proibito agli Stati applicare i loro standard di tutela ed essi dovrebbero soggiacere a quelli fissati a livello europeo anche nell'ambito delle loro autonome regolazioni e azioni e ciò segnerebbe la fine dell'autonomia costituzionale degli ordinamenti nazionali.²⁰⁵

In conclusione, è chiaro dunque che proprio al fine di garantire agli ordinamenti costituzionali nazionali massimo spazio applicativo, l'ambito di applicazione della Carta va letto in modo rigoroso e anche all'interno di tale ambito va lasciato il massimo spazio possibile all'applicazione dei livelli di tutela nazionali.

²⁰⁴ Vedi in questo senso sia sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, punto 60, sia sentenza *Fransson* punto 29: *“Ciò posto, quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.”*

²⁰⁵ *Ecco perché a proposito dell'obiter dictum* il vicepresidente della Corte di giustizia, Koen Lenaerts, ha sentito la necessità di affermare che la recente sentenza *Melloni* *“made clear that the Member State Constitutional courts can use their national constitutional rights to provide more protection than the Charter does”*, la dichiarazione è stata resa a Copenaghen durante la sessione plenaria finale della conferenza FIDE del maggio 2014.

4 Brevi riflessioni sulla natura della Corte di giustizia a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Ultimo punto relativo alla Carta di cui si ritiene utile dare conto è rappresentato dal suo impatto sulla natura e sul ruolo della Corte di giustizia. Tale elemento, infatti, non può non essere preso in considerazione in sede di elaborazione di strumenti di conciliazione dei conflitti esistenti tra primato e tutela dei diritti di cui si dirà nel prossimo capitolo, in quanto il punto di vista dell'organo giudiziario chiamato ad applicare i meccanismi elaborati incide profondamente sulla loro resa effettiva.

Gli intenti dei redattori della Carta e le dichiarazioni contenute nel Preambolo e nelle altre disposizioni di ampio respiro che proclamano l'intento dell'Unione di porre al centro del sistema l'individuo e i suoi diritti fondamentali devono però fare i conti sia con le più puntuali previsioni della Carta contenute negli articoli sopra esaminati sia -e questo elemento non è meno rilevante- con la natura e il ruolo della Corte di giustizia e più in generale dell'Unione stessa.

Come preannunciato, all'indomani della comunitarizzazione della Carta di Nizza, la dottrina si è interrogata sull'impatto che questo importante mutamento avrebbe avuto sulla natura della Corte di giustizia e si è chiesta in particolare se ciò avrebbe determinato una trasformazione della Corte di Lussemburgo in un *Human Rights Adjudicator*.

Non v'è dubbio che l'esistenza di un catalogo scritto di diritti è stato da molti letto come una conferma e un rafforzamento dell'impegno di tutte le istituzioni europee nel campo della tutela dei diritti fondamentali, nonché come un rafforzamento dell'idea della configurabilità della Corte come ulteriore Corte dei diritti dell'Unione

tanto da portare parte della dottrina²⁰⁶ ad affermare che la tutela dei diritti fondamentali avrebbe potuto costituire la nuova *raison d'être* della Comunità europea.

Ad uno sguardo meno ingenuo, inoltre, l'adozione della Carta e il suo valore equiparato a quello dei Trattati alimenta l'immagine di una Europa dei diritti che risponde in primo luogo a istanze di *accountability by results* a beneficio degli Stati membri e dei loro cittadini.

Tuttavia, spenti i primi entusiasmi e soprattutto alla luce delle più recenti decisioni sopra riportate, non pare proprio che la Corte di giustizia possa oggi definirsi una guardiana dei diritti fondamentali al pari delle Corti costituzionali nazionali né tanto meno del sistema del Consiglio d'Europa.

Partendo dal dato numerico, si osserva che, in effetti, è aumentato il numero di casi decisi dai giudici di Lussemburgo in materia di diritti umani; questi sono stati piuttosto rari nei primi decenni di attività della Corte, mentre sono aumentati nell'ultimo decennio e in particolare da quando la Carta è diventata vincolante.²⁰⁷

Tuttavia se si guarda al merito delle politiche dell'Unione e delle decisioni della

²⁰⁶ A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human rights organisation*, in *CMLR*, 2000, p. 1308 ss, si noti che l'articolo è stato pubblicato all'indomani della prima adozione della Carta e, dunque, ancor prima che ne fosse proclamato il valore vincolante.

²⁰⁷ Nel suo *report* annuale sull'attuazione della Carta del 2011 la Commissione europea riportò che [pag 8 report]: "*The Court of Justice of the European Union has increasingly referred to the Charter in its decisions: the number of decisions quoting the Charter in its reasoning rose by more than 50% as compared to 2010, from 27 to 43. National courts when addressing questions to the Court of Justice (preliminary rulings) have also increasingly referred to the Charter: in 2011, such references rose by 50% as compared to 2010, from 18 to 27*". E i numeri tendono ad aumentare progressivamente: 87 nel 2012, 113 nel 2013, 210 nel 2014 e 167 nel 2015 (vedi *report* commissione 2015 p. 25 reperibile su http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/2015_charter_report_full_version_en.pdf diritti fondamentali), tuttavia come è stato osservato da M. DE VISSER, *National Constitutional Courts, the Court of Justice and the protection of fundamental rights in a Post-Charter landscape*, in *Human Rights Review*, 1/2014 p. 40, queste statistiche non ci permettono di rappresentarci il reale impatto della Carta sulla giurisprudenza della Corte. Ed infatti, nulla ci dicono sulla percentuale di casi nei quali l'applicazione della Carta ha portato in concreto a una determinata decisione che altrimenti sarebbe stata diversa, non possiamo così capire se il riferimento alla stessa non sia stato semplicemente "ornamentale o retorico"; sebbene spesso detti riferimenti abbiano una funzione sussidiaria, la Carta è quasi sempre servita a rinforzare un risultato che sarebbe stato raggiunto anche in sua assenza.

Corte non sembra possano condividersi gli ottimistici giudizi sopra riferiti in quanto manca ancora una vera e propria politica europea dei diritti fondamentali e anche la Corte è lungi dal poter essere considerata una Corte dei diritti.

In realtà, da una panoramica complessiva della giurisprudenza della Corte in materia di diritti fondamentali, ci si accorge della sua natura piuttosto ondivaga. Ed infatti, dopo l'iniziale rifiuto di giudicare in materia di diritti fondamentali, di cui si è detto nel capitolo I, successivamente, la Corte non solo ha preso ad occuparsi della materia ma è arrivata anche a considerare se stessa come una Corte costituzionale.²⁰⁸

Con la sentenza *Omega*, di cui si dirà infra, secondo molti²⁰⁹ la Corte ha voluto deliberatamente e fino in fondo assumere il compito di Corte dei diritti, operando un riferimento quasi forzoso alla nozione di dignità umana così per come concepita nella Legge fondamentale tedesca,²¹⁰ raccogliendo tutti gli spunti utili ad entrare nel terreno dei diritti fondamentali. Probabilmente questa importante decisione è effetto di quella “euforia costituzionale”²¹¹ che in quel periodo –la decisione è del 2000– pervadeva l’Unione.

Questo *trend* positivo per la tutela dei diritti fondamentali tipico di quegli anni sembra però essersi arrestato o, almeno, sembra confermato solo nel caso in cui il diritto oggetto dell’esame della Corte sia connesso alle libertà tipiche del mercato comune. In tempi più recenti la sentenza *Melloni* e, come presto si vedrà, il parere 2/13 hanno segnato una decisa inversione di tendenza.

²⁰⁸ Così *Report of the Court of Justice on certain aspects on the application of the Treaty on European Union*, Luxembourg, 5 maggio 1995, p. 2: “The Court thus carries out tasks which, in the legal systems of the Member States, are those of the constitutional courts, the courts of general jurisdiction or the administrative courts or tribunals, as the case may be”; e anche E. VESTERDORF, *A Constitutional Court for the EU?*, in *International Journal of Constitutional Law* 4/2006, p. 607–617. Si tratta peraltro di una visione generalmente accettata dagli altri organismi omologhi a livello nazionale tanto che, ad esempio, gli osservatori della Corte di giustizia sono stati invitati alla conferenza delle Corti costituzionali europee.

²⁰⁹ M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 37.

²¹⁰ Per un’analisi sul punto si rinvia a p. 140 ss, Capitolo III.

²¹¹ M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 40.

Anche a questo punto della sua evoluzione, dunque, resta attuale la critica spesso mossa alla Corte di non tutelare prioritariamente i diritti fondamentali bensì le quattro libertà fondamentali degli operatori del mercato e che i diritti individuali, anche quando invocati, devono fare i conti con quelle libertà, prevalendo solo occasionalmente.²¹²

Del resto è la stessa Corte a dichiarare apertamente nella sentenza *Siragusa* che “*obiettivo della tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell’Unione [...] è quello di vigilare a che tali diritti non siano violati negli ambiti di attività dell’Unione*” e che “*il perseguimento di tale obiettivo è motivato dalla necessità di evitare che una tutela dei diritti fondamentali variabile a seconda del diritto nazionale considerato pregiudichi l’unità, il primato e l’effettività del diritto dell’Unione*”.²¹³

A parere di chi scrive, l’arresto del *trend* positivo è stato molto influenzato dal diverso momento storico che oggi viviamo, caratterizzato dalla profonda debolezza del progetto europeo a livello politico e sociale, che ha portato per reazione ad un irrigidimento delle posizioni della Corte a tutela dei tratti più caratteristici ma anche più incidenti sugli ordinamenti degli Stati membri dell’Unione.

Ad ulteriore sostegno di quanto detto, si riporta una interessante osservazione sui poteri costituzionali della Corte fatta da attenta dottrina a partire dalle conclusioni dell’AG nel caso Melloni. In quella sede, l’AG (punto 84) afferma che “[...] *ritengo che la Corte non possa fondarsi sulle tradizioni comuni degli stati membri per applicare un livello di protezione più esteso. La circostanza che la decisione quadro 2009/299 sia frutto dell’iniziativa di sette stati membri e che sia stata adottata dalla totalità di essi, permette infatti di presumere, con sufficiente grado di certezza, che la*

²¹² R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, in <http://www.rivistaaic.it/nuove-strategie-per-lo-sviluppo-democratico-e-l-integrazione-politica-in-europa-relazione-finale.html> 2014, p. 6-7.

²¹³ Sent. *Siragusa*, cit., punti 31 e 32.

grande maggioranza degli Stati membri non condivide l'opinione sostenuta dal Tribunal Constitucional nella sua giurisprudenza.” A questo proposito è stato osservato²¹⁴ che la circostanza per cui la decisione-quadro 2009/299 è “*frutto dell’iniziativa di sette Stati membri*” ed è “*stata adottata dalla totalità di essi*” sembra voler dire che un atto politico sovranazionale, frutto di una decisione parimenti politica che ha visto la convergenza della volontà degli Stati, è condizione necessaria e sufficiente a dichiararne la sua legittimità e conformità ai parametri fissati dalla Carta dei diritti fondamentali, senza che allo scopo si dia o possa darsi rilievo alcuno all’orientamento dei giudici, specie di quelli che, a motivo della loro natura costituzionale, dovrebbero essere chiamati proprio a valutare e giudicare la legittimità degli atti politico-normativi rispetto al parametro costituito dai diritti e, se del caso, a sanzionarli.

È poi lo stesso Presidente della Corte di giustizia Vassilios Skouris in occasione conferenza FIDE del maggio 2014 a Copenaghen durante la sessione plenaria finale a dichiarare che: “*The Court of Justice is not a human rights court; it is the Supreme Court of the European Union*”²¹⁵.

La dichiarazione del Presidente lascia dunque pochi dubbi su quello che è attualmente lo stato dell’arte.

L’affermazione è particolarmente significativa e contiene un doppio messaggio; infatti, essa chiarisce quale sia il punto di vista della Corte rispetto ai diritti fondamentali, certo la Corte non li ignora e, anzi, ne garantisce l’applicazione e tuttavia il fatto che questi non costituiscano il fine principale del suo agire spiega il

²¹⁴ A. RUGGERI, *Alla ricerca del retto significato dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali (notarelle a margine delle conclusioni dell’Avv. Gen. Y. Bot su una questione di interpretazione sollevata dal Tribunale costituzionale spagnolo)*, 2012, in www.diritticomparati.it.

²¹⁵ Per un interessante commento a questa affermazione vedi JUDGE C. TIMMERMANS, *The Magic World of Constitutional Pluralism*, in *European Constitutional Law Review*, Volume 10 September 2014, pp 349-358.

suo approccio ad essi e il *bias* a favore delle esigenze di uniformità dell'Unione che spesso caratterizza i bilanciamenti che opera.²¹⁶ Per queste ragioni, pur senza ignorare o sottovalutare la concordanza di valori esistente tra gli ordinamenti nazionali e sovranazionale, è difficile ritenere che ci possa essere una fungibilità completa tra le garanzie accordate dalle Costituzioni nazionali ai diritti fondamentali –e assicurate dalle Corti costituzionali nazionali- e quella accordata dall'ordinamento europeo, se non altro perché l'interprete e il contesto variano; il che ulteriormente conferma che i conflitti costituzionali continueranno a presentarsi.

Dall'altra parte, poi, l'affermazione, forte, del suo ruolo di *Supreme court of the Europea Union* rende evidente che la Corte si considera l'arbitro ultimo dell'ambito di applicazione del diritto europeo e, di conseguenza, anche delle Costituzioni nazionali, in tal modo estendendo il proprio potere ben oltre l'interpretazione del diritto europeo in senso stretto, pertanto, secondo questa visione, è “per grazia” della Corte di giustizia che gli Stati possono applicare le loro Costituzioni alle loro attività discrezionali; letteralmente la Corte ci sta dicendo di aver raggiunto la supremazia. Del resto sono gli stessi Trattati ad assegnarle il compito di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo e, in definitiva, a farne l'interprete ultimo del diritto sovranazionale.

²¹⁶ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 44. Il punto di vista della Corte sui diritti fondamentali, profondamente condizionato dal contesto comunitario in cui essa è chiamata ad operare, è e resta quindi un punto di vista “economico”: l'aborto non è altro che un potenziale ostacolo alla libera prestazione di servizi, la tutela delle minoranza linguistiche è un eventuale impedimento alla piena realizzazione della libera circolazione dei lavoratori, la libertà di espressione e il pluralismo culturale sono fattori da tenere in considerazione incidentalmente nella disciplina della libera prestazione di servizi e così via. Non c'è da stupirsi se, in questa prospettiva spiccatamente economica, un trattamento privilegiato sia riservato agli obiettivi essenziali della integrazione economica europea. L'equiparazione delle libertà del mercato comune ai diritti fondamentali, la prospettiva eminentemente economica nella quale vengono poste alla Corte di giustizia le questioni che coinvolgono i diritti fondamentali, la posizione privilegiata accordata agli obiettivi perseguiti dall'Unione sono tutti fattori che condizionano la tutela complessiva dei diritti fondamentali accordata dalla Corte di giustizia, accentuandone l'autonomia e la diversità rispetto alla tutela garantita dalle Costituzioni nazionali.

Proprio alla luce di queste considerazioni si ritengono necessari da un lato le posizioni di *self-restraint* invero più volte mostrati dalla Corte e, dall'altro, il confronto con le Corti costituzionali ogni qual volta vengano in rilievo bilanciamenti che vedono coinvolti diritti fondamentali particolarmente delicati, in questo senso si veda quanto si dirà a proposito dell'obbligo del rispetto delle identità costituzionali nazionali in seguito. Occorre, infatti, "imbrigliare" l'attività della Corte di giustizia visto che non è naturalmente portata a favorire la maggior tutela dei diritti fondamentali proprio attraverso gli strumenti di cui si dirà nel prossimo capitolo e, però, è interprete finale del diritto europeo.

5 Il parere 2/13 della Corte sul progetto di adesione alla CEDU: l'autonomia e il primato del diritto europeo come argine agli attacchi esterni

Che la Corte di giustizia "*is not a human rights court*" risulta evidente anche dal suo comportamento in materia di adesione alla CEDU certo non ispirato dalla miglior tutela dei diritti umani bensì dal malcelato intento di mantenere il monopolio dell'interpretazione del diritto UE sfuggendo al controllo della Corte EDU.

Anche in occasione del parere 2/13²¹⁷ con il quale è stata bocciata l'ipotesi di adesione alla CEDU da parte dell'Unione emerge infatti tutta la tensione esistente tra primato del diritto e tutela dei diritti fondamentali e anche in questo caso la Corte non perde l'occasione per riaffermare il principio del primato ancora una volta in un'ottica "difensiva"; la Corte di giustizia infatti oppone il primato del diritto

²¹⁷ Corte di giustizia, parere 2/13 del 18 dicembre 2014.

europeo a difesa della propria autonomia e delle proprie prerogative e a scapito della più intensa tutela dei diritti fondamentali.

Rispetto a quanto visto sinora, in questo caso, la prospettiva cambia completamente; ed infatti, il primato viene qui usato come argine rispetto agli “attacchi” provenienti non più dagli ordinamenti nazionali, quanto piuttosto dalla Convenzione europea, dunque dal sistema internazionale. Il meccanismo e le argomentazioni messe in campo dalla Corte di giustizia sono però le stesse.

Come è noto, il passaggio fondamentale (che dà modo alla Corte di esprimersi) è che l’adesione deve essere realizzata con modalità atte a preservare le competenze dell’Unione, non pregiudicare le attribuzioni delle istituzioni dell’Unione e, soprattutto, preservare le caratteristiche specifiche dell’Unione e del diritto dell’Unione (v art 6.2 TUE). L’adesione è infatti ammissibile a condizione che non incida sulle caratteristiche specifiche dell’Unione e del diritto dell’Unione tra le quali, insieme all’autonomia del sistema sovranazionale e all’effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini degli Stati membri e a questi ultimi, spicca il primato che è definito dalla Corte “caratteristica essenziale del diritto dell’Unione” (punti 166-167). È opportuno notare che la Corte lega indissolubilmente il rispetto e la preservazione di tali caratteristiche essenziali con l’impegno preso dagli Stati membri e sancito all’art. 1.2 TUE di dar vita a un *“processo di creazione di un’Unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa”* e, poco dopo, (punto 172) a un *“processo di integrazione che costituisce la ragion d’essere dell’Unione stessa”*; proprio come fa l’AG in *Melloni* il quale pone alla base del proprio ragionamento la finalità di armonizzazione delle normative in materia di arresto europeo, anche la Corte, in un discorso di più ampio respiro, pone l’accento sul processo di progressiva integrazione tra gli Stati membri (punto 167) quasi a

rafforzare e giustificare le caratteristiche essenziali individuate (e tra queste, si ribadisce, il primato) e ad evidenziarne la strumentalità rispetto al raggiungimento dell'obiettivo finale. La Corte non manca però di precisare che premessa fondamentale di tale processo è costituita dalla condivisione di una serie di valori comuni da parte degli Stati membri; a questa condivisione fa da *pendant* l'esistenza di una fiducia reciproca tra gli Stati quanto al riconoscimento di tali valori e al rispetto del diritto dell'Unione che li attua (punti 168). Al centro di tale costruzione giuridica inoltre si collocano i diritti fondamentali (punto 169) che costituiscono parametro di legittimità dell'attività dell'Unione e degli Stati membri quando attuano il diritto europeo ma che devono sempre essere interpretati “nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione” (punto 170),²¹⁸ sono le stesse parole che ritroviamo nelle conclusioni dell'AG in *Melloni* ma, a ben guardare, sono le stesse già lette nelle sentenze *Internationale*, punto 4, *Schmidberger* punto e *Omega*.²¹⁹

Si nota dunque una certa consonanza di tematiche rispetto alla sentenza *Melloni* (maggiore integrazione come obiettivo dell'Unione, importanza del principio del primato come strumento attuativo dell'obiettivo); la riproposizione del medesimo meccanismo dimostra a parere di chi scrive l'importanza riconosciuta al principio del

²¹⁸ Interessante l'immagine usata da M. E. GENNUSA in *Difesa di posizioni nel parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2015 p. 190: “I Trattati, infatti, hanno individuato nell'integrazione l'obiettivo principe dell'Unione europea, hanno, per realizzarlo, costruito un edificio fatto di molti mattoni –quello del primato, dell'effetto diretto, della leale collaborazione, della fiducia reciproca-, ciascuno con un ruolo specifico per assicurare stabilità alla struttura, ma soltanto se unito con gli altri in grado di realizzare lo scopo voluto. Lo stesso monopolio interpretativo del diritto europeo dai Trattati affidato unicamente a una Corte interna all'Unione altro non è che un fondamentale tassello di quell'edificio, in quanto anch'esso preordinato ad assicurare unità e coesione al sistema giuridico dell'Unione europea. Certamente al suo interno anche la tutela dei diritti costituisce un mattone essenziale; ma poiché tutti i mattoni devono saldarsi fra loro in un insieme compatto affinché la struttura si regga, anche la tutela dei diritti deve funzionare in un modo che la renda armonica con il resto e coerente con gli obiettivi dell'Unione che i Trattati individuano.”

²¹⁹ Confronta sul punto più diffusamente il prossimo capitolo pag. 140 ss. A ulteriore conferma di quanto detto e del “ritorno al passato” che emerge da questo parere, è da notare che Corte, al punto 172, tra tutti gli obiettivi perseguiti dall'Unione ed elencati all'art. 3 TUE, mette in evidenza in primo luogo quelli legati al mercato e dunque le quattro libertà fondamentali e la concorrenza, aggiunge poi la costituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nonché la cittadinanza.

primato all'interno dell'ordinamento sovranazionale, ne risultano i tratti costitutivi peculiari.

A ben guardare però si tratta di un meccanismo identico a quello rintracciabile nella giurisprudenza più risalente della Corte esaminata nel capitolo precedente; ancora una volta, infatti, non a caso in un momento di particolare debolezza dell'Unione europea, la Corte sovranazionale, da un lato, rimarca la centralità del principale strumento capace di assicurare l'effettività del diritto europeo e nel tentativo di legittimare le sue argomentazioni lega l'obiettivo della maggiore integrazione alla condivisione di valori comuni; dall'altro, ribadisce che i diritti fondamentali pur al centro di questo sistema vanno interpretati all'interno della struttura e degli scopi dell'ordinamento sovranazionale (“*within the framework*”).²²⁰

Ne emerge, dunque, un quadro tutto sbilanciato a favore della unità del sistema e della integrazione (pur sempre alla luce dei diritti fondamentali) piuttosto che della diversità dei livelli di tutela.

Passando ora alle censure mosse dalla Corte al progetto di accordo, esse riguardano per quanto qui di interesse la possibile lesione del principio del primato.

La Corte, discostandosi dalle osservazioni fatte dall'AG, si mostra particolarmente preoccupata per il ruolo che la Corte EDU verrebbe ad assumere, ruolo che, secondo i giudici di Lussemburgo metterebbe in pericolo i meccanismi fondamentali del sistema sovranazionale. Ed infatti per effetto dell'adesione l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte EDU sarà vincolante per l'Unione e le sue istituzioni (Corte di giustizia compresa), mentre non sarà vero il contrario (cioè

²²⁰ Si nota peraltro che la Corte cerca di compensare questa chiusura con la garanzia di un sistema giurisdizionale che poggia sulla Corte di giustizia e sui giudici interni e che vede nel rinvio pregiudiziale, di cui all'art 267 TFUE, la chiave di volta del sistema in quanto si tratta di uno strumento che, “*instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati.*” (punto 176).

l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di giustizia non sarà vincolante per la Corte di Strasburgo).²²¹ Tuttavia, afferma la Corte, il diritto dell'Unione impedisce che un siffatto meccanismo possa valere quando oggetto dell'interpretazione sia il diritto UE, e in particolare la Carta. I giudici di Lussemburgo rivendicano quindi il loro monopolio interpretativo quando a venire in rilievo sia il diritto europeo (ed in particolare la Carta) e lo fanno in ragione dell'art. 53 della Carta stessa che andrebbe opportunamente coordinato con l'art. 53 della Convenzione.

In particolare, poiché l'art 53 della Carta è stato interpretato dalla Corte sovranazionale *“nel senso che l'applicazione di standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”*, mentre l'art 53 della CEDU dà alle Alte Parti contraenti la facoltà di prevedere standard di tutela più elevati, allora –dice la Corte di giustizia- è necessario assicurare il coordinamento tra le due norme in modo tale che *“la facoltà concessa dall'art 53 della CEDU agli Stati membri resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a quelli garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'unione”* (punto 189).

Rispetto a quanto detto nella sentenza Melloni, qui la Corte, cercando forse di integrare le scarse argomentazioni lì proposte, fa un'importante considerazione sul principio della fiducia reciproca e il quale riveste un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, posto che impone agli Stati di ritenere, tranne che in casi eccezionali, che tutti gli altri Stati rispettano il diritto dell'Unione e, più in

²²¹ Parere cit., punto 185.

particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo. Gli Stati membri sono dunque tenuti a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri membri e pertanto risulta ad essi preclusa non soltanto la possibilità di esigere da un altro membro un livello di tutela superiore rispetto a quello garantito dall'Unione, ma anche, salvo casi eccezionali, quella di verificare se tale altro stato membro abbia effettivamente rispettato in un caso concreto i diritti fondamentali garantiti dall'Unione (parere punti 191- 192).²²²

Tale passaggio è stato duramente criticato in dottrina in quanto, ancora una volta, la Corte è stata accusata di portare avanti una strenua difesa del primato, dell'unità e della effettività del diritto dell'Unione che sono ritenuti prevalenti anche a fronte di una possibile più ampia tutela dei diritti fondamentali.²²³ Particolarmente interessante risulta l'osservazione in base alla quale non è affatto chiaro cosa debba intendersi per "coordinamento": sembra che la Corte pretenda l'inserimento nel progetto di accordo di una clausola che imponga agli Stati di non adottare il proprio standard più elevato di tutela in applicazione dell'art 53 CEDU quando si tratta di un settore armonizzato

²²² Per completezza si riporta che ai punti 193-194 la Corte usa l'argomento della fiducia reciproca per sostenere che l'adesione alla CEDU porterebbe alla compromissione dell'equilibrio creatosi all'interno dell'Unione permettendo a ogni Stato, nonché all'Unione stessa la quale verrebbe considerata alla stregua di uno Stato, di esigere da un altro Paese membro la verifica del rispetto dei diritti fondamentali tramite il ricorso interstatale e ciò sarebbe in contrasto con la circostanza che con l'appartenenza all'Unione i membri hanno accettato che i loro reciproci rapporti, relativamente alle materie costituenti oggetto di trasferimento di competenza agli organi sovranazionali, fossero disciplinati dal diritto di quest'ultima con esclusione di qualsiasi altro diritto (punto 193). Si tratta in realtà di un argomento piuttosto debole in quanto già oggi gli Stati possono farsi ricorso a vicenda in quanto soggetti aderenti alla CEDU e il fatto che la materia all'interno della quale si viene a verificare la violazione del diritto sia tra quelle oggetto di trasferimento all'Unione non rileva ai fini della competenza della Corte di Strasburgo (ex multis, Corte EDU, sentenza del 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*), in questo senso I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 292.

²²³ F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia, in Studi sull'integrazione europea*, 2/2015, p. 264. L'autore nota altresì che la "muraglia" eretta dalla Corte, di fatto, ripropone il meccanismo proprio della teoria dei controlimiti traslandolo dai rapporti tra ordinamento nazionale/ordinamento sovranazionale ai quelli tra ordinamento sovranazionale/ordinamento internazionale.

dal diritto dell'UE indicando la Carta quale “standard massimo” di tutela.²²⁴ In pratica la Corte pretenderebbe dall'adesione la garanzia che la clausola contenuta nell'art. 53 CEDU ceda di fronte alle esigenze del diritto dell'UE così come cede l'art. 53 della Carta.

Dalla lettura del parere emerge come la Corte avesse già una sua idea e non abbia fatto altro che piegare ogni argomento al fine di raggiungere il suo scopo. Appare chiaro come la Corte, assolutamente gelosa della propria competenza giurisdizionale esclusiva, non voglia accettare una qualsiasi forma di controllo da parte di un altro organo giurisdizionale, la Corte EDU in questo caso, che possa sostituirsi ad essa nell'interpretare il diritto dell'Unione.²²⁵

I primi commenti a caldo della decisione hanno evidenziato che l'adesione oltre a contribuire a un sistema di tutela più efficace avrebbe rappresentato anche una scelta politica e ideale importante che avrebbe dimostrato la disponibilità dell'Unione a sottomettersi a un'autorità esterna in grado di porre il suo primato in questione e quindi di rivelare la sua capacità di trasformarsi in una *Human rights organisation*, si sarebbe dunque trattato di un importante passo nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione;²²⁶ tuttavia la decisione di fatto presa dalla Corte è coerente rispetto alle osservazioni sopra svolte circa la sua natura e il suo ruolo, nonché il ruolo dell'Unione.

²²⁴ T. LOCK, *Oops, we did it again!*, in <http://verfassungsblog.de/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu-2/>; L. S. ROSSI, *Il parere 2/13 della CGUE sull'adesione alla CEDU: scontro tra Corti?*, in <http://www.sidiblog.org/2014/12/22/il-parere-213-della-cgue-sulladesione-dellue-alla-cedu-scontro-fra-Corti/>. In realtà Non è mancato chi abbia giudicato favorevolmente tale censura della Corte e la conseguente necessità di integrare il progetto sotto il profilo in esame ritenendo coerente con le peculiarità dell'UE in quanto organizzazione internazionale la necessità di salvaguardare il primato anche di fronte a norme costituzionali che offrono una tutela dei diritti sulla base di standard più elevati, v. C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'Ue alla CEDU*, in www.questionegiustizia.it.

²²⁵ cfr ex multis C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2015, p. 59.

²²⁶ L.S.ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro tra Corti?* in www.sidi-isil.org, 22 dicembre 2014.

Stante tutto ciò che sinora è stato detto, si profila un cortocircuito che vedrebbe coinvolti i giudici nazionali ogni qual volta siano chiamati, da un lato a dare attuazione al diritto europeo e, dall'altro a garantire l'applicazione delle loro costituzioni interne e dunque dei loro standard di tutela. Come raccordare, dunque, il punto di vista dell'ordinamento sovranazionale e quelli nazionali in questi casi? Proprio per rispondere a questa domanda nel prossimo capitolo si propongono e si esaminano due strumenti, costituiti dal margine di apprezzamento e dall'obbligo del rispetto delle identità costituzionali nazionali, che si ritengono utili al fine di raccordare il perdurante contrasto tra uniformità dell'Unione e diversità dei sistemi interni che caratterizza il sistema sovranazionale.

Capitolo III

Possibili criteri di composizione del conflitto

Sommario: Scopo del capitolo. 1. Alla ricerca di un punto di equilibrio. 2. La discrezionalità lasciata agli Stati membri e il margine di apprezzamento. 2.1 Definizione del margine di apprezzamento e condizioni che ne permettono l'utilizzo. 2.2 Il rispetto degli obiettivi europei e il test di proporzionalità quali contrappesi alla discrezionalità statale. 2.3 Margine di apprezzamento e principio di attribuzione. 3. Il principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali. 3.1 La positivizzazione del principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali nei Trattati e le decisioni della Corte di giustizia più significative in materia. 3.2 L'impatto in concreto dell'art. 4.2 TUE sulle modalità operative della Corte e i margini di miglioramento possibili. 3.3 Le modalità e le condizioni per dare concreta applicazione al principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali. Conclusioni

Scopo del capitolo

Una volta accettato il criterio di esclusività per come declamato dalla Corte di giustizia nella decisione *Melloni*, secondo cui l'applicazione del diritto europeo esclude l'applicazione dei livelli di tutela nazionali, la conseguenza che ne deriva è che nel sistema sovranazionale è possibile negare l'applicazione di uno standard di tutela dei diritti fondamentali garantito da una costituzione nazionale e più alto

rispetto a quello riconosciuto a livello europeo in nome della effettività, della unità e, in definitiva, del primato di quest'ultimo. Ciò posto, risulta ancora più urgente la necessità di individuare dei criteri interpretativi che assicurino un nuovo equilibrio tra primato e tutela dei diritti e che consentano di non alimentare il conflitto con le Corti costituzionali nazionali.

Scartate le letture classiche, sia moniste che dualiste, del rapporto tra livello nazionale e sovranazionale e abbracciato un approccio pluralista per le ragioni evidenziate nel capitolo I, ci si propone in questa parte del lavoro, partendo dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, di enucleare due strumenti che in caso di conflitti costituzionali si ritiene possano essere usati per giungere ad una soluzione che possa essere ritenuta accettabile anche da parte delle Corti costituzionali e possa, inoltre, sollevare i giudici nazionali dall'insanabile dilemma tra il tener fede al *Simmenthal mandate* e il rispetto delle Carte costituzionali interne.

1. Alla ricerca di un punto di equilibrio

La ricerca di criteri che possano segnare un punto di equilibrio nella tensione tra primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali, sebbene, come detto, si ritiene debba essere svolta tutta all'interno della cornice pluralista propria del diritto europeo, non può non tener conto della tensione da sempre esistente in ambito sovranazionale tra unità dell'ordinamento giuridico europeo e diversità dei valori costituzionali nazionali degli Stati membri.

Ne consegue che la soluzione adottata non può che essere una soluzione di compromesso. Ricercare una soluzione tutta interna al piano sovranazionale, inoltre,

non significa far prevalere necessariamente o esclusivamente l'unità dell'ordinamento europeo a totale discapito della diversità dei valori costituzionali,²²⁷ se non altro perché lo scopo della individuazione di questi criteri è proprio quello di individuare un punto di equilibrio. Si ritiene al contrario che occorra dare il giusto risalto, sul piano sostanziale, alle identità costituzionali nazionali anche in considerazione della espressa previsione in materia contenuta nel TUE, ecco perché anche se si ammette –come fa la scrivente- che le decisioni finali siano prese dalla Corte di giustizia in qualità di organo che ha il monopolio dell'interpretazione del diritto europeo e dunque non può che essere arbitro ultimo, tuttavia si sottolinea che le decisioni dei giudici lussemburghesi, per essere condivisibili ed accettabili da parte degli ordinamenti nazionali, devono essere mitigate dal dialogo tra Corti di cui si è detto nel capitolo I.

Anche perché la Corte ha astrattamente gli strumenti per una decisione ponderata stante che da un lato, specie con la comunitarizzazione della Carta, c'è tutto il corredo normativo necessario e dall'altro, trattandosi di conflitti tra diritti la Corte, così come ogni altro giudice opera con uno strumento, quale quello del bilanciamento,²²⁸ che in sé è strumento neutro e dunque idoneo ad accomodare la coesistenza di diversi livelli di tutela; d'altro canto, abbiamo visto anche (capitolo precedente) che la Corte di giustizia non è una Corte dei diritti e dunque, tranne rari casi, ha dimostrato di non essere naturalmente portata a un'applicazione estensiva dei diritti ciò significa che nella individuazione dei parametri, da un lato, occorre porre

²²⁷ Per un approfondimento sul dibattito tra unità dell'ordinamento giuridico europeo e diversità dei valori costituzionali nazionali e sulle relative argomentazioni si veda, ad esempio, A. TORRES PEREZ, *Conflict of rights in the UE Law, A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009, p. 70 ss. Nelle sue forme più estreme la dottrina è arrivata a sostenere che in certe circostanze la Corte dovrebbe rimettere alle Corti nazionali l'interpretazione dei diritti fondamentali, in questo senso vedi fonte citata p. 73.

²²⁸ Il problema sta anche nel fatto che non esiste una gerarchia tra diritti né la stessa è stata introdotta con la Carta di Nizza.

dei paletti piuttosto rigidi e, dall'altro, occorre incentivare la pratica del dialogo volta all'effettivo rispetto delle identità costituzionali nazionali.

Del resto, tutto l'incerto cammino dei diritti sconta la persistente tensione tra queste due opposte forze da una parte la forza accentratrice dell'Unione volta a raggiungere la massima integrazione possibile e dall'altro il desiderio dei singoli Stati di mantenere il più possibile inalterato il loro sistema costituzionale.²²⁹ La tutela multilivello dei diritti però non postula un sistema coerente di norme e principi come avviene in un ordinamento costituzionale, non è possibile dunque individuare a priori un sistema tale da stabilire una volta per tutte i rispettivi rapporti di forza.²³⁰

In definitiva ciò che oggi la compresenza di ordinamenti diversi suggerisce, in attesa di una integrazione politica che possa ricondurre a sistema tali tensioni, è una reciproca riconoscibilità da parte degli organi giudiziari e il loro incessante scambio dialogico che favorisca l'elaborazione di meccanismi che possano permettere il raggiungimento di un equilibrio dinamico che, per quanto mutevole, sia condiviso.

Proprio per questi motivi, cercare una soluzione tutta all'interno del piano sovranazionale non significa cedere alle ragioni dell'unità ma, piuttosto tentare di elaborare una soluzione realmente attuabile, nel panorama normativo dato, che tenga conto e dia il giusto peso alle diversità esistenti tra i diversi ordinamenti appartenenti all'Unione.

In un contesto pluralistico come quello dell'UE in cui ci sono diversi centri di potere e decisionali che vanno coordinati, è inoltre importante sia evitare di imporre forzatamente l'omogeneizzazione, sia permettere una eccessiva frammentazione, entrambe le tendenze, infatti, potrebbero compromettere la stabilità del sistema già

²²⁹ E. HANCOX, *The meaning of implementing EU Law under art. 51(1) of the Charter: Akerberg Fransson*, in *CMLR*, n. 50, 2013, p. 1426

²³⁰ L. VIOLINI, *I precari equilibri di un sistema giudiziario multilivello: i confini tra potere giudiziario nazionale e giudici europei in Germania*, in N. ZANON, V. ONIDA (a cura di), *Le Corti e l'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2006, p. 523

rimesso, giorno dopo giorno, alla fattiva implementazione degli organi degli Stati membri e in particolare dei giudici ordinari.

Inoltre si ritiene che, in un'ottica di lungo periodo, trovare criteri tutti interni al sistema sovranazionale porterebbe a rafforzare e far maturare anche il sistema di tutela dei diritti fondamentali europeo, il che renderebbe reale e concreta l'idea che l'Unione ha di sé -e che ha in più occasioni proclamato- quale ordinamento fondato sui diritti.

Una volta che ci si trovi nell'ambito di applicazione del diritto europeo e dunque al di fuori dell'incontestato ambito di applicazione della Costituzioni nazionali alla luce di quanto detto nel capitolo precedente, ove sorgano conflitti coinvolgenti la tutela dei diritti, si propone l'applicazione di due strumenti che fanno leva, l'uno, sul margine di discrezionalità lasciato agli Stati nell'applicazione del diritto europeo e, l'altro, sull'obbligo del rispetto delle identità costituzionali nazionali che vincola le istituzioni europee compresa quindi la Corte di giustizia in base all'art. 4.2 TUE.

Come si vedrà l'area di operatività dei due strumenti può varimente combinarsi essendo essi fungibili nella maggior parte dei casi; permane, però, un'area nella quale può trovare applicazione solo lo strumento rappresentato dal rispetto delle identità costituzionali nazionali, si tratta dell'area di maggior conflitto tra i due sistemi, da qui la fondamentale importanza che si ritiene abbia questo secondo strumento.

2. La discrezionalità lasciata agli Stati membri e il margine di apprezzamento

Una volta stabilito, in applicazione dei criteri enucleati nel capitolo precedente, che ci troviamo all'interno dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali europei, il primo elemento che ci permette di raccordare il pluralismo e la diversità propria degli Stati membri con le esigenze di unità e uniformità proprie dell'ordinamento dell'Unione è costituito dal margine di libertà lasciato agli Stati membri nella implementazione del diritto sovranazionale; in altre parole, occorre valutare il grado di discrezionalità di cui dispongono questi ultimi nel fissare il livello di protezione dei diritti fondamentali che intendono garantire in sede di attuazione del diritto europeo. In queste ipotesi e limitatamente all'area in cui è il singolo Stato a decidere come attuare le misure imposte dal diritto UE, si riespande l'area della tutela garantita dalle Costituzioni nazionali.

2.1 Definizione del margine di apprezzamento e condizioni che ne permettono l'utilizzo

Proprio con riferimento al maggiore o minore margine discrezionalità lasciato agli Stati membri nell'implementazione del diritto europeo, si è parlato in dottrina di un uso della teoria del margine di apprezzamento²³¹ in ambito sovranazionale.

Quella del margine di apprezzamento è, com'è noto, una dottrina elaborata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; volendone dare una definizione si può dire che il margine di apprezzamento è lo spazio lasciato agli Stati nell'applicazione della Convenzione per bilanciare l'adempimento degli obblighi

²³¹ Da un punto di vista terminologico si osserva che, sebbene il termine "*margine di apprezzamento*" sia a volte usato dalla Corte di giustizia, tuttavia nelle decisioni dei giudici di Lussemburgo in genere si trova il termine "*discrezionalità*" e "*margine di discrezionalità*" riconosciuti alle autorità nazionali, tuttavia si tratta di termini usati in modo interscambiabile; ciò accade perché l'espressione "*marge d'appréciation*" in francese, lingua di lavoro della Corte, è indifferentemente tradotto in inglese come "*margin of appreciation*" e "*(margin of) discretion*".

pattizi con la tutela delle esigenze e delle caratteristiche nazionali. Gli Stati quindi hanno obbligo di rispettare e attuare la Convenzione ma è lasciato loro un margine di scelta e di valutazione per permettergli di perseguire altri interessi di natura statale e di conciliare l'obbligo assunto a livello internazionale con le loro esigenze interne. All'interno del sistema del Consiglio d'Europa la teoria del margine nasce in particolare per contemperare il rispetto dei diritti fondamentali con le diverse concezioni morali esistenti nei diversi Stati; la Corte di Strasburgo ritiene infatti che vista la diversità di concezioni morali esistenti, i giudici nazionali siano i soggetti più adatti a valutare l'esatto contenuto del concetto di morale esistente a livello interno.²³² La trasposizione di un tale meccanismo a livello sovranazionale comporta delle non trascurabili differenze che tuttavia non stravolgono la funzione fondamentale dello strumento, che è quella di accomodare le diversità esistenti tra gli Stati membri con l'uniformità imposta dall'Unione, permettendo così di gestire i conflitti tra universalità e pluralismo.

Le applicazioni più significative, ai nostri fini, della dottrina in esame si trovano nella giurisprudenza sovranazionale a partire dall'inizio degli anni 2000 in una serie di casi in cui emerge un conflitto tra diritti fondamentali e libertà comunitarie.²³³ Ci si riferisce alle sentenze *Schmidberger*,²³⁴ *Omega*²³⁵ e *Dynamic Medien*.²³⁶ In tutti

²³² Particolarmente esplicativo è il caso del soggetto condannato per aver pubblicato un libro contenente immagini ritenute oscene che si rivolge alla Corte EDU sia un soggetto condannato il quale lamenta la violazione della sua libertà di espressione, in questi casi i giudici di Strasburgo rimettono ai giudici interni la decisione su cosa debba intendersi per osceno nell'ordinamento di riferimento sulla scorta delle concezioni morali del luogo (Corte europea dei diritti umani, sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72).

²³³ In realtà già prima la Corte di giustizia aveva fatto uso della teoria del margine (Corte di giustizia, sentenza del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, C-41/74, sentenza del 27 ottobre 1977, *Bouchereau*, C-30/77, del 14 dicembre 1979) e tuttavia si trattava di ipotesi nelle quali agli Stati era stata riconosciuta ampia discrezionalità nella interpretazione dei concetti di sicurezza, ordine pubblico, moralità pubblica al fine di consentire loro di tutelare i propri interessi statali strettamente connessi al cuore della sovranità, ma non erano invocati quali limiti al diritto comunitario diritti fondamentali.

²³⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza del 12 giugno 2003, *Schmidberger*, C-112/00.

²³⁵ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza del 14 ottobre 2004 *Omega*, C-36/02.

²³⁶ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza del 14 febbraio 2008 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, C-244/06.

questi casi veniva invocata dagli Stati la tutela di un diritto fondamentale nazionale quale motivo di giustificazione di una restrizione ad una libertà comunitaria. In *Schmidberger* si opponevano libertà di circolazione delle merci e libertà di riunione e di espressione, in *Omega* libertà di prestazione di servizi e di circolazione delle merci *versus* dignità umana, in *Dynamic Medien* libertà di circolazione delle merci e diritti dei minori.

Esattamente come avviene nel sistema CEDU, anche a livello sovranazionale il margine di apprezzamento consiste nello spazio riconosciuto agli Stati membri nell'applicazione delle norme sovranazionali (in particolare quelle relative alle libertà di circolazione) al fine di consentire a questi ultimi di bilanciare tali libertà con istanze interne, in particolare costituite dalla tutela dei diritti fondamentali nazionali.

Esaminiamo, a questo punto, brevemente i fatti che hanno dato origine alle decisioni e le decisioni che ne sono scaturite per poi poter trarre alcune utili osservazioni.

La sentenza *Schmidberger* è particolarmente nota in quanto si tratta del primo caso in cui uno Stato membro ha invocato il rispetto di diritti fondamentali sanciti nella propria Costituzione (nel caso di specie i diritti relativi alle libertà di espressione e di riunione) per giustificare una limitazione a una delle libertà fondamentali del Trattato CE (libertà di circolazione delle merci). Si tratta dunque di una decisione fondamentale ai fini dei rapporti tra primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni nazionali. Il caso nasce da una manifestazione organizzata da un'associazione ambientalista a seguito della quale l'autostrada del Brennero rimaneva bloccata per circa 30 ore e, conseguentemente, risultava interdetto il transito ai veicoli e dunque alle merci attraverso una delle arterie di comunicazione più importanti tra nord e sud Europa

per un lasso di tempo consistente. La Schmidberger, una ditta di trasporti con sede in Germania, adiva l'autorità giudiziaria contestando alle autorità austriache che non avevano vietato l'occupazione dell'autostrada la violazione del diritto comunitario in materia di libera circolazione delle merci. La Corte di giustizia, investita della questione a seguito di rinvio pregiudiziale operato dal giudice austriaco riteneva che il blocco dell'autostrada avesse effettivamente limitato il commercio intracomunitario e dunque il mancato divieto del blocco ad opera delle autorità nazionali costituiva misura di effetto equivalente alle restrizioni quantitative incompatibile in linea di principio con gli obblighi del diritto comunitario e tuttavia tale comportamento era giustificato e non sussisteva alcuna responsabilità dello Stato membro in quanto, tenuto conto dell'ampio potere discrezionale che dev'essere riconosciuto alle autorità nazionali nella imposizione di restrizioni agli scambi -in questo caso sub specie di gestione di una manifestazione pubblica- e considerato il fatto che un divieto puro e semplice della manifestazione stessa avrebbe rappresentato un'inaccettabile interferenza nei diritti fondamentali dei manifestanti di riunirsi e di esprimere pacificamente la loro opinione in pubblico –obiettivo anch'esso perseguito dal diritto comunitario-, l'autorità nazionale aveva ragionevolmente potuto ritenere che l'obiettivo legittimamente perseguito da tale manifestazione non potesse essere raggiunto, nel caso di specie, mediante misure meno restrittive degli scambi intracomunitari. Per la prima volta in questa sentenza la Corte ha optato per una conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e libertà fondamentali garantite dall'Unione sulla base di un “largo potere discrezionale” riconosciuto alle autorità nazionali.²³⁷

²³⁷ *Schmidberger*, cit. punti 93-94.

Poco dopo, similmente accadeva nel caso *Omega*. In particolare accadeva che la società Omega gestiva a Bonn utilizzando le strumentazioni fornite dalla Pulsar – società con sede nel Regno Unito- un laserdromo dove si svolgevano giochi con apparecchi laser che simulavano omicidi. Le autorità tedesche emettevano una ordinanza nei confronti della Omega con la quale vietavano l'esercizio di giochi che simulavano l'omicidio e la violenza su persone per ragioni di ordine pubblico ed etiche e, in particolare, ritenendo leso il supremo valore della dignità umana espressamente riconosciuto all'interno della Legge Fondamentale tedesca. Anche in questo caso la Corte riteneva corretto il comportamento delle autorità nazionali e riteneva giustificata la limitazione delle libertà fondamentali di prestazione di servizi e di circolazione delle merci in quanto la misura adottata rientrava nell'ambito della discrezionalità riconosciuta agli Stati membri anche qui correttamente esercitata. Particolarmente interessante è l'ulteriore passaggio fatto dalla Corte in questa decisione ove rileva che al fine di ritenere giustificata la misura non occorre che il diritto fondamentale posto alla base corrispondesse a una concezione condivisa da tutti gli Stati membri.²³⁸

Nel caso *Dynamic Medien*, infine, accadeva che la Avides Media vendeva per corrispondenza su internet in Germania dei supporti video provenienti dal Regno Unito, i quali erano stati oggetto di un controllo, ai fini della tutela del minore, da parte del *British Board of Film Classification*. A seguito di tale controllo, svolto in conformità alla normativa inglese, i supporti esportati venivano classificati come

²³⁸ *Omega*, cit., punto 37: “Non è indispensabile, a tale proposito, che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa. Se è vero che, al punto 60 della citata sentenza *Schindler*, la Corte ha fatto riferimento alle considerazioni di ordine morale, religioso o culturale che inducono gli Stati membri ad assoggettare l'organizzazione di lotterie e altri giochi d'azzardo a restrizioni, tuttavia essa non intendeva, menzionando tale concezione comune, formulare un criterio generale per valutare la proporzionalità di ogni misura nazionale che limita l'esercizio di un'attività economica.”

“vietati ai minori di anni quindici” e contrassegnati in tal modo. La Dynamic Medien, società concorrente dell’Avides Media, agiva in giudizio per inibire la vendita in Germania di tali supporti, contestando che gli stessi non fossero stati oggetto di controllo da parte delle competenti autorità tedesche, in violazione di quanto stabilito dalla legge nazionale di tutela dei minori la quale vietava la vendita a bambini o adolescenti, tramite commercio al dettaglio fuori dai locali commerciali o per corrispondenza, di supporti video che non fossero stati sottoposti alla verifica da parte delle competenti autorità tedesche. A confliggere erano dunque il divieto previsto dalla legge nazionale a tutela dei minori con il fondamentale principio della libera circolazione delle merci nonché con gli obblighi derivanti dalla direttiva 2000/3150. La Corte di giustizia, investita della questione dal giudice Tedesco al quale le due società si erano rivolte, confermava, innanzitutto, che il divieto di vendita previsto dalla normativa tedesca generava una restrizione alla libera circolazione delle merci rendendo più ardua e dispendiosa l’importazione di supporti video provenienti da Stati membri diversi dalla Germania e tuttavia riteneva la misura giustificata. A tal fine essa ha dapprima considerato che la tutela dei minori costituisse un interesse tutelato sia a livello internazionale che comunitario, come testimonia anche il disposto dell’art. 24 della Carta di Nizza in materia di tutela dei minori.²³⁹ La tutela del minore rappresentava dunque un interesse legittimo che giustificava, in linea di principio, una limitazione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato CE, quale la libera circolazione delle merci. Nel caso di specie, la Corte riconosceva che la normativa nazionale era diretta a tale obiettivo e,

²³⁹ Art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: “*Diritti del bambino 1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse*”.

riprendendo quanto sancito in *Omega*, affermava che affinché la misura restrittiva diretta alla tutela del minore fosse giustificata, non occorre che essa corrispondesse ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri rispetto al livello o alle modalità di tale protezione.²⁴⁰ La Corte aggiunge qui un altro tassello importante mettendo in evidenza che quello della tutela dei minori è un settore in cui non è avvenuta un'armonizzazione a livello comunitario e lascia agli Stati lo spazio per scegliere il livello di tutela da accordare a tale interesse, senza imporre un proprio standard. In questo modo allo Stato viene lasciato lo spazio per bilanciare la tutela dei minori con altri interessi nazionali o con altri diritti fondamentali, quale ad esempio la libertà di espressione.

Alla luce di quanto brevemente riportato è già possibile individuare gli elementi essenziali perché il margine operi.

Guardando alle modalità di funzionamento dello strumento in esame in ambito CEDU, è da dire che il giudizio della Corte di Strasburgo circa la sussistenza o meno del margine di apprezzamento è fortemente legato alla dottrina del consenso. Si tratta del principio in base al quale maggiore è il grado di consenso (di vicinanza) nell'ambito del Consiglio d'Europa sul trattamento di una particolare questione, o sulla tutela di un determinato diritto, minore è il margine di apprezzamento lasciato agli Stati.²⁴¹

Un tale principio non è ravvisabile in questi termini nella giurisprudenza della Corte di giustizia e tuttavia, a ben guardare, il grado di vicinanza degli Stati sulla

²⁴⁰ *Dynamic Medien*, punto 44: “tale concezione può variare da uno Stato membro all'altro in funzione, in particolare, di considerazioni di carattere morale o culturale, si deve riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale certo”.

²⁴¹ Ad esempio, nella giurisprudenza relativa al riconoscimento dei diritti dei transessuali, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto un grande margine di apprezzamento agli Stati, in ragione della mancanza di omogeneità tra i diversi ordinamenti nell'affrontare la questione, lo stesso dicasi per quanto riguarda le forme di tutela dei diritti degli omosessuali, la Corte continua a constatare la difformità delle legislazioni nazionali e dunque a concedere agli Stati un ampio margine di apprezzamento.

concezione dei diritti evocati a giustificazione di una limitazione di una libertà fondamentale gioca un ruolo anche a livello sovranazionale. Come accenato, nelle sentenze *Omega* e *Dynamic Medien*, infatti, la Corte di giustizia espressamente statuisce che il peculiare modo di intendere un determinato diritto non osta a che lo Stato membro invochi quel diritto quale giustificazione a una limitazione, a tal proposito la Corte afferma che (punto 44) “*non è necessario che le misure restrittive emanate dalle autorità di uno Stato membro per tutelare i diritti del minore, di cui ai punti 39-42 della presente sentenza, corrispondano ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri rispetto al livello o alle modalità di tale tutela (v., per analogia, sentenza Omega, cit., punto 37).*”²⁴² Poiché tale concezione può variare da uno Stato membro all’altro in funzione, in particolare, di considerazioni di carattere morale o culturale, si deve riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale certo.”

Orbene, come vedremo nel prossimo paragrafo, le peculiarità di ogni ordinamento giocano un ruolo fondamentale oggi soprattutto sotto il profilo del principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali, tuttavia è opportuno sin d’ora osservare che mentre in *Schmidberger* la Corte sta ben attenta a far emergere, oltre al fatto che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante del diritto comunitario e sono garantiti dalla Corte,²⁴³ anche il fatto che i diritti fondamentali tutelati dallo Stato membro trovano copertura oltre che nella Costituzione austriaca anche nella CEDU (art. 10 e 11) e quindi possono senza dubbio essere considerati parte del

²⁴² In *Omega*, infatti, si legge, punto 37: “*non è indispensabile che la misura restrittiva corrisponda a una visione condivisa da tutti gli Stati*”.

²⁴³ *Schmidberger* punto 71: “*Occorre ricordare in proposito che, secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l’osservanza e che, a tal fine, quest’ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell’uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un particolare significato (v., segnatamente, sentenze 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT, Racc. pag. I-2925, punto 41; 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, Connolly/ Commissione, Racc. pag. I-1611, punto 37, e 22 ottobre 2002, causa C-94/00, Roquette Frères, Racc. pag. I-9011, punto 25)*” ma v. anche punti 74 e 75.

patrimonio commune europeo,²⁴⁴ in *Omega*, invece, i giudici di Lussemburgo fanno un passo avanti e rigettano l'idea che le restrizioni nazionali alle libertà di movimento basate su interessi pubblici debbano essere conformi a una concezione legale comune a tutti gli Stati membri, nel caso di specie, infatti, veniva in rilievo il principio della dignità umana che riceveva specifica protezione (allora) solo nella *Grundgesetz* (la legge fondamentale tedesca). In questa decisione essa mostra di voler promuovere un modello di integrazione, basato sul valore della diversità, che considera gli standard costituzionali nazionali non quali ostacoli all'attuazione del diritto europeo, bensì come parti integranti dell'ordinamento sovranazionale. Pertanto essa arriva a sostenere che sebbene solo nell'ordinamento tedesco il valore della dignità umana trovi espresso riconoscimento, tuttavia è palese che *“l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto. Non vi sono dunque dubbi che l'obiettivo di tutelare la dignità umana sia compatibile con il diritto comunitario, non essendo rilevante, a tale proposito, che in Germania, il principio del rispetto della dignità umana benefici di uno status particolare in quanto diritto fondamentale autonomo”* (punto 34); e ancora (punto 37) *“non è indispensabile, a tale proposito, che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno stato membro corrisponda a una concezione condivisa da tutti gli stati relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa”*.

Sempre nella causa *Omega*, l'AG rileva, però, che l'esistenza di una concezione comune di un determinato diritto può essere indizio di legittimità della misura, ma

²⁴⁴ Schmidberger, cit., punto 77: *“La presente causa solleva così il problema della necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato e, in particolare, il problema della portata rispettiva delle libertà di espressione e di riunione, garantite dagli artt. 10 e 11 della CEDU, e della libera circolazione delle merci, quando le prime sono invocate quali giustificazioni per una limitazione della seconda.”*

non ne costituisce condizione né necessaria né sufficiente, vanno, invece, valutate necessità e proporzionalità della misura stessa ai fini dell'ammissibilità della stessa.²⁴⁵

Quanto ora detto viene poi ribadito in *Dynamic Medien*.²⁴⁶ Si nota, quindi, che l'approccio delle due Corti rispetto alla questione del consenso, sebbene porti a risultati simili, sia completamente opposto: la Corte di giustizia afferma che una omogeneità nella concezione del diritto fondamentale è indizio di legittimità della misura (e quindi del corretto uso della discrezionalità) e tuttavia una spiccata peculiarità non osta in sé alla legittimità della misura nazionale, mentre la Corte di Strasburgo non riconosce discrezionalità alle Alte parti contraenti laddove vi sia una concezione condivisa del diritto da tutelare.

Una tale differenza è probabilmente riconducibile al diverso modo di porsi della teoria del margine nei due sistemi, e infatti a differenza di quanto accade in ambito CEDU ove il margine di discrezionalità è usato per permettere alle Alte parti contraenti di derogare al rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione e, quindi, determina una restrizione della tutela dei diritti fondamentali in quanto tale da limitare; in ambito sovranazionale, invece, la Corte di Lussemburgo tende ad utilizzare tale strumento per permettere agli Stati di accordare tutela ai diritti garantiti dalle loro Carte costituzionali (o comunque dalle norme nazionali) e pertanto finisce

²⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale, C. Stix-Hackl, in C-36/02, Racc. I-9611, punto 71.

²⁴⁶ Altro esempio di questo approccio è fornito dalla sentenza del 8 settembre 2010 della Corte di giustizia in materia di scommesse. Come osservato dall'AG Mengozzi nelle sue conclusioni sul caso *Stoß*, “detta giurisprudenza presta attenzione alla peculiarità dei giochi d'azzardo, un settore nel quale non è possibile prescindere da considerazioni di ordine morale, religioso o culturale e che comporta elevati rischi di criminalità e di frode e favorisce un'incitazione alla spesa che può avere conseguenze individuali e sociali dannose. Tenuto conto di tale elemento, e in mancanza di armonizzazione comunitaria in materia, la Corte riconosce agli Stati membri un potere discrezionale sufficiente per definire, in funzione delle proprie scale di valori, le condizioni necessarie alla tutela dei giocatori e, più in generale, di quelle necessarie alla tutela dell'ordine sociale” (da *Markus Stoß* Cause riunite C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07). Si veda in questo senso anche M. FOROWICZ, *State Discretion as a Paradox of EU Evolution*, EUI Working Papers MWP 2011/27, www.cadmus.eui.eu.

per determinare un ampliamento della tutela dei diritti fondamentali.

Come vedremo nel paragrafo successivo, al fine di trovare un nuovo punto di equilibrio nel rapporto tra diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nazionali ha grande importanza l'obbligo del rispetto delle identità nazionale, in questo senso anche e soprattutto l'art. 4.2 TUE costituisce un potente strumento nell'accordare le differenze.

L'assenza della dottrina del consenso viene sostituita a livello sovranazionale da un altro importante elemento che emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e che è stato evidenziato anche nelle decisioni sopra riportate, ci si riferisce al grado di armonizzazione della normativa di riferimento a livello europeo. Come visto a proposito del caso *Dynamic Medien* la Corte osserva che la misura giustificativa è ammissibile anche in considerazione dello scarso grado di armonizzazione che interessa la materia della tutela del fanciullo a livello europeo.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, infatti, non vi possono essere delle restrizioni giustificate per la necessità di perseguire esigenze fondamentali riconosciute dal diritto comunitario in settori in cui vi è stata un'armonizzazione delle misure necessarie per realizzare tale obiettivo. Ove, invece, non vi sia stato tale intervento del legislatore europeo, gli Stati membri sono liberi di scegliere il livello e le modalità di tutela da accordare alle diverse esigenze imperative eventualmente contrastanti con le libertà comunitarie, nel rispetto dei limiti imposti dal diritto comunitario.

A tal proposito sembra utile riprendere una importante riflessione sulla discrezionalità nelle più volte citate conclusioni dell'AG nel caso *Melloni*. In quella sede viene sostenuto che occorre distinguere i casi in cui esiste a livello sovranazionale una definizione del grado di protezione che deve essere accordato a

un diritto fondamentale in sede di attuazione da quelli in cui detto livello di protezione non è oggetto di una definizione comune (punto 124).

Nel primo caso, infatti, (punto 125) il livello di protezione è strettamente legato agli obiettivi dell'azione dell'Unione ed è espressione di un equilibrio tra tutela dei diritti e raggiungimento degli scopi della stessa ed è sostanzialmente imm modificabile (salvo, ovviamente, non violi gli standard di tutela posti dalla Carta e dalla CEDU).

Ne consegue che, la pretesa a posteriori di uno Stato di mantenere il proprio livello di protezione romperebbe l'equilibrio raggiunto dal legislatore europeo e comprometterebbe così l'applicazione del diritto dell'Unione.²⁴⁷ Diversamente, ove questa definizione comune non vi sia, significa che non vi è un interesse dell'Unione a fissare un livello omogeneo e, quindi, gli Stati dispongono di un margine di discrezionalità più ampio nell'individuare il livelli di tutela dei diritti tutelati all'interno del loro ordinamento;²⁴⁸ resta, però, il limite di carattere generale per cui il livello di tutela apprestato deve essere conciliabile con la corretta attuazione del diritto UE nel senso che non solo non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, ma inoltre non deve ledere né il primato, né l'unità, né l'effettività del diritto dell'Unione.²⁴⁹

Il fatto che il bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali (che possono riguardare anche ambiti molto delicati come le garanzie dell'indagato e del condannato) e quelle di integrazione sia fissato a priori dal legislatore europeo senza

²⁴⁷ Questa ipotesi era esattamente quella verificatasi nel caso *Melloni*, sul punto si rinvia al Capitolo II p. 88 ss

²⁴⁸ N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *CMLR*, 50/2013, p. 1094

²⁴⁹ In tal senso, sentenza *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, punto 60, il passaggio viene poi ripreso anche in una successiva decisione, *A. c. B. e a.* C-112/13 punto 44, la quale costituisce la prima eco della sentenza *Melloni*, nella quale si legge: “quando l’Unione lascia un margine di discrezionalità agli Stati membri nell’attuazione di un atto di diritto dell’Unione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali assicurare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, purché l’applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione”.

che sia lasciata alcuna discrezionalità agli Stati in nome dell'armonizzazione costituisce certamente un punto problematico e può portare ad affermare che l'accresciuta integrazione europea porta ad un abbassamento dei livelli di protezione dei diritti. Per evitare ciò a monte sia gli organi legislativi dell'UE sia la Corte di giustizia dovrebbero stare molto attenti alla domanda se deve essere lasciato spazio per una tutela ulteriore dei diritti fondamentali ad opera delle norme nazionali. Gli organi legislativi sovranazionali dovrebbero chiaramente giustificare le restrizioni che essi impongono ai diritti fondamentali e dovrebbero indicare possibilmente nel preambolo dell'atto legislativo fino a che punto l'atto lascia spazio, per una loro maggiore tutela, al livello nazionale. A valle esiste poi per la Corte di giustizia il dovere di verificare fino in fondo se le istituzioni europee hanno agito davvero nel rispetto dei diritti contenuti nella Carta e nella CEDU.

Individuato il principio, cerchiamo a questo punto di capire quando sussiste questa discrezionalità attraverso qualche esempio concreto, come vedremo, a volte il margine di discrezionalità lasciato agli Stati è espressamente indicato, altre volte deve essere ricavato dal contesto, altre volte ancora può essere stato individuato per via giudiziaria.

Talvolta, in caso di armonizzazione parziale è il legislatore comunitario a dettare i limiti per le deroghe alle libertà comunitarie.²⁵⁰

Non sfugga, inoltre, che l'assenza di misure di armonizzazione a livello europeo in una data materia sul livello di tutela da garantire a un diritto fondamentale o sul bilanciamento dei diritti coinvolti con altri interessi rilevanti è in genere determinata proprio dall'esistenza di valori eterogenei e di differenze morali, culturali, sociali e

²⁵⁰ Si veda ad esempio il *Free movement of goods: guide to the application of Treaty provisions governing free movement of goods, Commission staff working paper*, 12 maggio 2009, p. 37, consultabile sul sito http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art2830/new_guide_en.pdf, ultimo accesso 9 novembre 2009.

religiose tra gli Stati membri, da qui la conferma della necessità di lasciare un margine di discrezionalità alle autorità nazionali nell'implementazione del diritto europeo in questi casi.²⁵¹

Andiamo agli esempi, in generale è da dire che il diritto europeo lascia molto spesso agli Stati membri un certo grado di discrezionalità nella implementazione delle sue regole, più raro è il caso in cui il bilanciamento sia stato rigidamente fissato.

Esempi di discrezionalità lasciata agli Stati sono in materia di sanzioni IVA, come dimostra il caso *Fransson*, infatti, l'azione degli Stati membri non è in quel caso interamente determinata dal diritto UE essendo essi liberi di determinare il tipo di sanzioni a tutela degli obblighi previsti in questa materia.

Altro esempio è dato dalla direttiva 2006/24 in materia di conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, anche in questo caso il legislatore europeo non dà la definizione di “grave delitto”, pertanto, anche in questo caso, le misure adottate a livello nazionale e contenenti questa definizione dovrebbero essere viste alla luce del sistema nazionale.

A volte è la stessa normativa europea che espressamente permette agli Stati di applicare i loro standard costituzionali. Si veda ad esempio la direttiva sui servizi 2006/123, art. 1.7, che stabilisce che la direttiva non interessa l'esercizio dei diritti fondamentali così per come riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario.

A volte il margine di discrezionalità lasciato agli Stati non è immediatamente evidente ma emerge solo a seguito di un più attento esame della normativa; accade così, ad esempio, nel caso del Regolamento di Dublino (Regolamento 34372003 art.

²⁵¹ F. J. MENA PARRAS, *Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux: quelle conciliation à travers la merge national d'appréciation et le respect de l'identité constitutionnelle?*, in S. BESSON, N. LEVRAT (eds), *(Dés)ordres juridiques européens*, Bruxelles, 2012, p. 12.

3.2, si tratta del vecchio regolamento oggi superato da Dublino III Reg. 604/2013 che al 3.2 ripropone una disposizione simile)²⁵² che, in deroga al paragrafo 1, stabilisce che ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un Paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento. In tale ipotesi, detto Stato membro diventa lo Stato membro competente ad assumere gli obblighi connessi alla procedura di richiesta di asilo.

Si tratta della c.d. clausola di sovranità, la Corte nella sentenza NS²⁵³ (cause riunite C-411/10 e C-493/2010) del dicembre 2011 ha stabilito che lo Stato membro è tenuto ad applicare tale formula quando vi sia la chiara prova di sistematiche violazioni dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo nel Paese di destinazione. Detta clausola permette altresì agli Stati membri di esaminare la richiesta di asilo quando il trasferimento del richiedente comporterebbe una violazione della propria Costituzione.²⁵⁴ In tal caso la Carta non impedisce dunque allo Stato di applicare livelli di tutela maggiori dei diritti e tale applicazione non confligge con il principio del primato.²⁵⁵

²⁵² Reg. 604/2013, cd. Dublino III, Art. 3.2. Quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla base dei criteri enumerati nel presente regolamento, è competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata. Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicano il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente. Qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente.

²⁵³ Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, N.S. C-411-10 e C-493/10.

²⁵⁴ La sentenza N. S. faceva riferimento al regolamento R 343/2003, oggi sostituito dal regolamento R 604/2013.

²⁵⁵ I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 75 ss. Come è noto, le due sentenze della Corte di giustizia citate nascono in risposta ad altre due ben note decisioni in materia di richiedenti asilo della Corte di Strasburgo la quale dice che lo Stato membro quando rispedisce richiedenti al Paese competente secondo le regole europee per esaminare la richiesta è tenuto a verificare in concreto che non si

In altri casi ancora gli spazi lasciati agli Stati sono meno evidenti, si pensi al caso delle misure di *austerity* prese nei Paesi dell'eurozona nell'ambito dei programmi conseguenti al ricevimento di prestiti europei. Una interpretazione di questo tipo è stata sostenuta anche dalla Corte costituzionale portoghese la quale ha dichiarato numerose delle misure adottate dal legislatore nazionale in sede di implementazione della richiamata normativa europea incostituzionali per violazione del principio di uguaglianza. A tal fine la Corte costituzionale citata ha considerato queste misure non come dettate dall'UE, bensì come adottate dal Governo portoghese nei limiti indicati dall'UE. Se le misure fossero state dettate direttamente dalle istituzioni europee (rischio in realtà concreto in quanto nell'ambito della decisione del Consiglio del 30 maggio 2011 vi sono diverse misure piuttosto dettagliate) e tali misure fossero state considerate contrarie ai diritti fondamentali, allora, facendo applicazione dei ragionamenti sinora svolti, ci saremmo trovati in un caso di conflitto simile a *Melloni* e la Corte nazionale non avrebbe potuto applicare i propri standard costituzionali ma avrebbe dovuto, al più, procedere a un rinvio pregiudiziale chiedendo ai giudici europei se la misura in esame comportasse violazione della Carta europea (o della CEDU in base all'art. 52.3 della Carta).²⁵⁶

verificheranno violazioni dei diritti fondamentali (v. *M.S.S. c. Belgio* e più di recente *Sharifi e Tarakhel*). La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi, punta l'attenzione sul fatto che esiste una generale presunzione di tutela dei diritti fondamentali, in ragione del principio di fiducia reciproca tra gli Stati, superabile solo in casi eccezionali o in caso di violazioni sistemiche (*N.S.*). Anche in questi casi, quindi, la tutela dei diritti fondamentali viene a scontrarsi con il primato e l'effettività del diritto europeo, tuttavia stante la discrezionalità lasciata agli Stati, la Corte di giustizia riconosce allo Stato terzo la possibilità di non mandare indietro il richiedente asilo e di esaminare la richiesta e tuttavia non rinuncia a sottolineare, in prima battuta, l'esistenza di una presunzione di rispetto dei diritti fondamentali basata su quell'altro principio altrettanto importante in materia di diritti fondamentali che è il *mutual trust*, fermo restando che si tratta di una presunzione relativa.

²⁵⁶ Il ragionamento svolto in questo paragrafo risulta quasi speculare a quello fatto proprio dalla Corte EDU nella sentenza *Bosphorus* e poi ribadito in altre decisioni e meglio noto con il nome di dottrina della protezione equivalente. In base a detta teoria, lo Stato membro risponde della violazione dei diritti tutelati dalla CEDU anche quando agisce in attuazione del diritto europeo purché, però, in fase di attuazione gli sia riconosciuto un margine di discrezionalità, ove invece lo Stato attui pedissequamente il diritto europeo senza possibilità di discostarsi dalle sue disposizioni allora i diritti fondamentali si ritengono rispettati in quanto si presume che la normativa europea assicuri il rispetto dei diritti fondamentali, salvo dimostrazione della violazione dei diritti da parte della disciplina

La Corte pone però un limite alla regola ora enucleata stabilendo che anche laddove sussiste il margine di discrezionalità, esso non deve essere utilizzato per pregiudicare gli scopi e l'effettività del diritto europeo.²⁵⁷ Come si può osservare torna ancora una volta il limite del rispetto della effettività del diritto europeo che, come emerge dalle pagine precedenti, fa perenemente da contrappunto al tema della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo e ciò a ulteriore conferma di quanto osservato circa il ruolo della Corte di giustizia e, più in generale, del ruolo, se non ancillare, quantomeno non principale dei diritti fondamentali nell'ambito europeo.

Orbene, abbiamo sinora osservato che condizione necessaria perché operi la dottrina del margine di apprezzamento e svolga la sua funzione di valvola di sfogo e di raccordo tra universalità sovranazionale e pluralismo nazionale è che non vi sia una completa armonizzazione delle regole a livello europeo.²⁵⁸ La controprova di questa

europea trattandosi di una presunzione relativa che può quindi essere smentita nel caso concreto. Sul punto si veda I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p.89.

²⁵⁷ Si veda ad esempio quanto affermato in Corte di giustizia, sentenza del 4 marzo 2010, *Rhimou Chakroun*, C-578/08, punti 43 “essendo l'autorizzazione al ricongiungimento familiare la regola generale, la facoltà prevista dall'art. 7, n. 1, parte iniziale e lett. c), della direttiva dev'essere interpretata restrittivamente. Peraltro, la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri non dev'essere impiegata dagli stessi in un modo che pregiudicherebbe l'obiettivo della direttiva, che è di favorire il ricongiungimento familiare, e il suo effetto utile” e punto 47 “L'art. 7, n. 1, parte iniziale e lett. c), secondo periodo, della direttiva permette agli Stati membri di tener conto, nel valutare le risorse del soggiornante, della soglia minima delle retribuzioni e delle pensioni nazionali. Come esposto al punto 43 della presente sentenza, tale facoltà dev'essere esercitata evitando di pregiudicare l'obiettivo della direttiva, che consiste nel favorire il ricongiungimento familiare, e l'effetto utile della stessa”.

²⁵⁸ Ancora sul punto vedi Corte di giustizia, sentenza del 10 febbraio 2009, *Commissione v. Italia*, C-110/05, Punto 61: “In assenza di disposizioni di armonizzazione complete a livello comunitario, spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale intendono garantire la sicurezza della circolazione sul loro territorio, tenendo conto al contempo delle esigenze della libera circolazione delle merci nell'ambito della Comunità europea (v., in tal senso, sentenze 27 marzo 1984, causa 50/83, *Commissione/Italia*, Racc. pag. 1633, punto 12, e, per analogia, 13 luglio 1994, causa C-131/93, *Commissione/Germania*, Racc. pag. I-3303, punto 16).” E anche punto 65: “Per quanto riguarda, dall'altro lato, la necessità del divieto, si deve rammentare che, secondo la giurisprudenza della Corte in materia ricordata al punto 61 della presente sentenza, lo Stato membro ben può stabilire il livello al quale intende garantire la sicurezza sulle strade e la maniera in cui raggiungere tale livello. Siccome questo livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un potere discrezionale al riguardo. Di conseguenza, il fatto che uno Stato membro imponga norme meno severe di quelle previste da un altro Stato membro non significa che queste ultime siano sproporzionate (v., per analogia, sentenze 13 luglio 2004, causa C-262/02, *Commissione/Francia*,

affermazione è data dalla sentenza Melloni, esaminata nel capitolo precedente, nella quale nessuna discrezionalità era stata lasciata agli Stati nell'implementazione del diritto UE.

Questo del grado di armonizzazione è certamente il limite invalicabile dello strumento qui esaminato. Proprio per questo motivo tale strumento, la cui utilità è innegabile all'interno dei confini tracciati, si ritiene non sia in sé sufficiente ad assicurare quel punto di equilibrio tra primato del diritto europeo e tutela dei diritti costituzionalmente tutelati che costituisce oggetto del presente studio e pertanto va affiancato all'altro strumento di cui ci si occuperà nel paragrafo successivo, *id est* il principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali, che si ritiene espliciti la sua massima efficacia proprio quando nessun margine di manovra è lasciato allo Stato membro permettendo alla Corte di giustizia di operare un bilanciamento anche in quelle ipotesi.

2.2 Il rispetto degli obiettivi europei e il test di proporzionalità quali contrappesi alla discrezionalità statale

Come emerge dalla giurisprudenza citata, la non completa armonizzazione di un dato settore costituisce condizione necessaria ma non sufficiente perchè possa ritenersi che lo Stato membro abbia correttamente fatto uso del proprio margine di discrezionalità. A tal fine la Corte riserva per sé il compito di valutare che il potere discrezionale sia stato esercitato nel rispetto degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, nonché del principio di proporzionalità, e procede alla verifica dell'adequatezza della misura rispetto all'obiettivo perseguito e dell'impossibilità di

Racc. pag. I-6569, punto 37, e 11 settembre 2008, causa C-141/07, Commissione/Germania, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 51)."

raggiungere un tale obiettivo con misure meno restrittive.

In primo luogo la Corte di giustizia si chiede se il diritto tutelato a livello nazionale sia conforme agli obiettivi²⁵⁹ UE.

Sul punto molto interessante risulta quanto detto dall'Avvocato Generale Jacobs nelle conclusioni presentate nel caso *Schmidberger*.²⁶⁰ Orbene l'AG ha in quel caso ritenuto che *“Non si può pertanto escludere automaticamente che uno Stato membro, il quale invochi la necessità di tutelare un diritto riconosciuto come fondamentale dal diritto interno, persegua uno scopo che, in base al diritto comunitario, dev'essere considerato illegittimo.”* In altre parole, stando alla posizione cauta dell'AG, l'invocazione di un diritto fondamentale quale limite all'applicazione del diritto europeo non è automaticamente ammissibile ma è rimessa volta per volta alla Corte e va vagliata attraverso la lente del diritto europeo al fine di capire se tale invocazione costituisca obiettivo legittimo attinente al pubblico interesse anche in ambito sovranazionale. Di grande impatto e particolarmente significativo per il nostro studio risulta poi il paradossale controesempio fatto dall'AG: [punto 97] *“immaginiamo però un momento un ordinamento giuridico (puramente ipotetico) di uno Stato membro che riconosca espressamente il diritto fondamentale alla tutela della concorrenza sleale da parte di altre imprese, in particolare delle imprese con sede all'estero. Oppure una giurisprudenza nazionale che sancisca un analogo diritto come parte del diritto fondamentale alla libertà di attività economica o del*

²⁵⁹ In effetti sin da quando la Corte di giustizia ha preso ad occuparsi di diritti fondamentali ci si è chiesti, in primo luogo, se la Corte sovranazionale debba riconoscere come fondamentale qualunque diritto ritenuto tale da una costituzione di uno stato membro. Una risposta affermativa è data da H. G. SCHERMERS, *The European Community Bound by Fundamental Human Rights*, in *CMLR*, (27) 1990, p. 252 il quale osserva che la comunità nasce da un parziale trasferimento di sovranità e nessuno Stato membro può legiferare in violazione dei diritti protetti dalla propria Costituzione, pertanto, se l'ordinamento europeo non riconoscesse le posizioni tutelate dalle carte fondamentali nazionali, la ratifica dei Trattati istitutivi comporterebbe l'automatica violazione della propria Costituzione e ciò è impossibile. Inoltre, se uno stato membro ritiene così importante un diritto da riconoscerlo nella propria Carta fondamentale tale diritto è per ciò stesso parte dell'eredità europea. In realtà l'automatismo presupposto dalla tesi ora esposta è tutt'altro che pacifico.

²⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, causa *Schmidberger* cit., punti 92-98.

*diritto fondamentale di proprietà. Occorre inoltre ricordare che, malgrado si possa rinvenire nella CEDU un consenso di fondo riguardo al nucleo dei diritti che vanno considerati come fondamentali, esistono numerose divergenze fra le categorie dei diritti fondamentali degli Stati membri, che sovente sono il riflesso della storia o della particolare cultura politica di un determinato Stato.”*²⁶¹

In altre parole, stando alla posizione cauta dell'AG, l'invocazione di un diritto fondamentale quale limite all'applicazione del diritto europeo non è automaticamente ammissibile ma è rimessa volta per volta alla Corte e va vagliata attraverso la lente del diritto europeo al fine di capire se tale invocazione costituisca obiettivo legittimo anche in ambito sovranazionale.

È così ancora una volta confermata la tesi per cui all'interno del sistema europeo i diritti sono tutelati solo se non in contrasto con gli obiettivi dell'Unione.

Una volta verificato con esito positivo anche questo elemento la Corte²⁶² procede ad effettuare il test di proporzionalità²⁶³ come accade ogni qual volta sia sottoposta

²⁶¹ In effetti, come osservato da J.H.H. WEILER, in *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N.A. NEUWAHL E A. ROSAS, *The European Union and human rights*, L'Aja, 1995 un diritto fondamentale costituisce sempre l'espressione di un "compromesso tra beni sociali concorrenti" e pertanto varia in base al punto di equilibrio raggiunto all'interno di ogni ordinamento. In particolare, ogni diritto fondamentale esprime, nelle democrazie liberali, un compromesso tra i vari interessi della collettività e l'interesse dell'individuo alla propria autonomia e libertà. Il bilanciamento tra queste esigenze contrastanti esprime il compromesso sociale, il nucleo dei valori fondamentali di una società, il quale differisce da un sistema all'altro ed è dunque ragionevole lasciare tale spazio di valutazione direttamente agli Stati.

²⁶² Lo stesso tipo di controllo è effettuato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel sistema CEDU, i parametri del controllo, però, in quest'ultimo caso sono differenti, la Corte di Strasburgo infatti verifica che la restrizione ad un diritto della Convenzione sia conforme alla legge o sia comunque prescritta da essa; in secondo luogo, l'obiettivo della restrizione deve essere riconducibile ad uno degli obiettivi specificati dalla norma della Convenzione rilevante nel caso di specie e, in terzo luogo, essa deve essere considerata necessaria in una società democratica. La misura deve essere, inoltre, proporzionata all'obiettivo perseguito. Ad esempio, nell'ambito della libertà di espressione, la Corte di Strasburgo verifica che le limitazioni operate nell'ambito del margine di apprezzamento degli Stati siano dirette ad uno degli scopi previsti dalla norma di riferimento al paragrafo 2, ovvero «alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

²⁶³ Esattamente come avverrebbe per qualunque altra misura, anche in questo caso il test di proporzionalità effettuato dalla Corte si articola in tre passaggi: in primo luogo, infatti, essa verifica che la misura nazionale restrittiva sia idonea ad assicurare l'obiettivo perseguito, in questo senso la

all'attenzione della Corte una misura restrittiva di una delle libertà comunitarie giustificate in base alle norme dei Trattati o in virtù delle esigenze imperative.²⁶⁴

A questo proposito si osserva inoltre che la Corte tende a inserire la misura sotto il più ampio ombrello di una delle cause di giustificazione previste dai Trattati²⁶⁵ e in particolare sotto quella relativa all'ordine pubblico, mentre è poi proprio nella fase successive del test di proporzionalità a dare specifico rilievo alla natura di diritto fondamentale della giustificazione invocata. Lo stesso accade, come vedremo, nelle rare occasioni in cui la Corte accede alla causa di giustificazione rappresentata dal rispetto delle identità costituzionali nazionali di cui all'art. 4.2 TUE.

In sostanza, la Corte di giustizia adotta in questi casi una variante del tradizionale metodo di controllo della legittimità di una giustificazione limitativa delle libertà comunitarie modellata sulla specificità della materia dei diritti fondamentali.

Ritornando alle decisioni sopra richiamate, si nota che la Corte talvolta procede direttamente, talvolta rimette la questione al giudice nazionale. In *Schmidberger* la Corte ha esaminato accuratamente le modalità di svolgimento della manifestazione in oggetto nel giudizio nazionale concludendo che le autorità austriache avevano effettuato un corretto bilanciamento del danno arrecato alla libertà di circolazione e

misura deve essere capace di assicurare una protezione efficace allo scopo legittimo perseguito. In secondo luogo la Corte, con il test di necessità, si interroga sulla possibilità che esista nel caso concreto una misura alternativa che possa tutelare l'interesse legittimo dello Stato membro altrettanto efficacemente e tuttavia in modo meno restrittivo rispetto alla libertà fondamentale interessata dalla misura; in terzo luogo, infine, la Corte accede al test di proporzionalità in senso stretto ed esamina l'adeguatezza del livello di protezione scelto, stabilendo dunque se l'obiettivo legittimamente perseguito necessita di una tale protezione o se non esiste piuttosto un livello di protezione minore ma altrettanto efficace nel garantire lo scopo avuto di mira.

²⁶⁴ Cfr., *ex multis*, le sentenze della Corte di giustizia sentenza del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG (Cassis de Dijon)*, C-120/78; sentenza del 22 gennaio 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99; sentenza del 23 aprile 2009, *Commissione c. Lussemburgo*, C-286/07.

²⁶⁵ Articolo 36 TFUE (ex articolo 30 del TCE): “Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.”

della tutela dei diritti fondamentali di libertà di riunione e di espressione, viste le misure adottate per limitare il pregiudizio il più possibile. In *Omega* la Corte ha confermato il bilanciamento effettuato dalle autorità tedesche constatando, inoltre, che il divieto nazionale riguardava solo una parte limitata dell'attività della società. In *Dynamic Medien* la Corte ha analizzato il divieto imposto dalla legge nazionale circa la vendita di supporti video non sottoposti a controllo e ha rilevato che non si trattava di una misura generale ma che riguardava soltanto la commercializzazione con i minori.

Tale misura non risultava dunque essere sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito di tutela dei minori. La Corte ha indicato, tuttavia, i criteri che devono essere seguiti dal legislatore nazionale per strutturare la procedura di controllo di tali supporti video: essa deve, infatti, essere facilmente accessibile, deve potersi concludere entro termini ragionevoli e, in caso di esito negativo, il relativo divieto deve poter formare oggetto di ricorso giurisdizionale. La Corte, in proposito, affermava che dagli elementi del fascicolo la procedura nazionale sembrava essere conforme a tali criteri, ma rinviava al giudice nazionale la verifica in concreto.

A parere di chi scrive la verifica del corretto uso del potere di discrezionalità tramite il test di proporzionalità è in sé condivisibile in quanto ogni qual volta vengano a confliggere interessi opposti occorre procedere a un bilanciamento e il citato test costituisce certamente uno degli strumenti più utili per il raggiungimento di un equilibrio; tuttavia, proprio in considerazione della natura costituzionale della causa di giustificazione fatta valere dallo Stato membro occorrerebbe procedere con particolare cautela dando il massimo peso all'obiettivo avuto di mira dallo Stato.

A ben guardare esiste una particolare relazione tra margine di apprezzamento e intensità del sindacato della Corte.

In effetti, dall'esame delle sentenze sopra viste, nonché dalle altre in cui vengono a confliggere diritti fondamentali e libertà fondamentali, si osserva che in genere il controllo di proporzionalità effettuato dalla Corte è piuttosto superficiale,²⁶⁶ perché la misura nazionale lo superi basta, sostanzialmente, che non sia stato commesso un errore manifesto da parte delle autorità nazionali.

Come vedremo nel paragrafo successivo, il test di proporzionalità operato con riferimento ai casi in cui la Corte ha espressamente fatto riferimento al principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali è ancora più blando specie ove la decisione della Corte europea sia stata preceduta da una decisione di una Corte costituzionale nazionale che rimarcava la natura costituzionale della norma interna veuta in rilievo.²⁶⁷

Per completezza è da dire che parte della dottrina²⁶⁸ non condivide il diverso approccio tenuto dalla Corte di Lussemburgo nei casi in cui entrano in gioco cause di giustificazione di natura costituzionale. Secondo i sostenitori di questa tesi, infatti, la Corte, così facendo, arriva a un risultato paradossale in quanto applicare un test di

²⁶⁶ Sebbene con riferimento al controllo che deve essere esercitato dalla Commissione, a questo proposito la Corte nella sentenza del 18 luglio 2013, *UEFA v. Commissione europea* C-201/11, ha anche precisato che “*Da una parte, la portata del margine discrezionale degli Stati membri, di cui al punto 12 della presente sentenza, implica che il potere di controllo della Commissione deve limitarsi alla ricerca dei manifesti errori di valutazione in cui sono incorsi gli Stati membri all'atto della designazione degli eventi di particolare rilevanza. Al fine di verificare se sia stato commesso un siffatto errore di valutazione, la Commissione deve quindi, segnatamente, appurare se lo Stato membro coinvolto abbia esaminato, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi rilevanti del caso di specie sui quali si fondano le conclusioni che ne vengono tratte (v., per analogia, sentenze del 21 novembre 1991, C-269/90, Technische Universität München, Racc. pag. I-5469, punto 14, e del 22 dicembre 2010, Gowan Comércio Internacional e Serviços, C-77/09, Racc. pag. I-13533, punti 56 e 57).*”

²⁶⁷ Nelle sentenza *Witghenstein* in particolare, il controllo di proporzionalità sembra meramente verbale, vedi quanto detto nelle prossime pagine.

²⁶⁸ Così la pensano anche F. J. MENA PARRAS, *Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux*, cit., p. 27 e A. BAILLEUX, *La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan?* in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions – XXIèmes journées juridiques Jean Dabin* (Bruylant, 2012) p. 519 questo approccio non è condivisibile in quanto la libertà degli Stati membri di fissare il livello di tutela di un interesse che incide su una libertà fondamentale o altro diritto garantito dal diritto UE è inerente alla sua sovranità e può essere limitato solo da una misura sovranazionale di armonizzazione. Inoltre il semplice fatto che un determinato ambito non sia stato oggetto di armonizzazione a livello UE non significa automaticamente che gli Stati godano di una margine di apprezzamento.

proporzionalità più stringente ove a venire in rilievo siano due norme interne al sistema sovranazionale (ad esempio due libertà fondamentali) e invece accedere a un controllo più blando nel caso in cui a scontrarsi siano esigenze appartenenti a due sistemi differenti (una libertà fondamentale europea e un diritto fondamentale nazionale) porta alla paradossale (a detta dei sostenitori di questa tesi) conclusione in base alla quale il bilanciamento tra due valori in origine equivalenti sarà sottoposto a un controllo di proporzionalità più stretto di quello che interessa un principio (quale è una libertà fondamentale) e una eccezione (quale è il rispetto di una concezione nazionale di un diritto fondamentale invocato da uno Stato membro). In tal modo l'invocazione di un valore costituzionale nazionale beneficerà di una immunità maggiore rispetto a un limite che trae origine da un diritto (*rectius* libertà) fondamentale comune a tutti gli Stati membri.²⁶⁹ Una tale flessibilizzazione del controllo di proporzionalità costituirebbe peraltro una minaccia all'applicazione uniforme del diritto UE.

Una tale conclusione non può essere condivisa in quanto irrigidisce troppo la disciplina europea e non tutela affatto i diritti nazionali, mentre è invece fondamentale in questo campo la massima flessibilità stante il particolare rilievo del valore nazionale che entra in gioco.

Inoltre a garantire il fatto che un tale meccanismo non scardina il sistema europeo restano le altre condizioni sopra viste che devono sussistere perché lo Stato possa esercitare legittimamente il proprio potere discrezionale e in particolare che il diritto fondamentale invocato dallo Stato membro sia comunque conforme (anche se non necessariamente comune) agli obiettivi e ai valori propri dell'ordinamento sovranazionale.

²⁶⁹ F. J. MENA PARRAS, *Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux*, cit., p. 28.

2.3 Margine di apprezzamento e principio di attribuzione

Un'ultima riflessione deve essere fatta a proposito del rapporto esistente tra la teoria del margine in ambito sovranazionale e i principi di attribuzione e di sussidiarietà tipici dell'ordinamento europeo.²⁷⁰

Ed infatti, quando la Corte di giustizia si interroga sull'esistenza o meno nel caso di specie di un margine di discrezionalità a favore degli Stati, essa non sta facendo altro che decidere se allocare il potere di disciplinare la materia a livello europeo o nazionale e quindi sta decidendo se limitare le capacità regolamentari dello Stato in quell'ambito. In altri termini, stante la peculiare distribuzione delle competenze esistente nell'ordinamento dell'Unione, grazie allo strumento del margine di apprezzamento è possibile garantire il rispetto degli spazi e delle competenze lasciati agli Stati; prova ne sia che detto margine non è riconosciuto nel caso in cui vi siano delle misure europee di armonizzazione tali da coprire ogni spazio "esaurendo" di fatto il potere regolamentare del livello nazionale.

In quest'ultimo caso, infatti, la discrezionalità consentita alle autorità nazionali è minore o nulla in quanto esiste già un bilanciamento stabilito una volta per tutte dal legislatore europeo tra le misure nazionali e regole sovranazionali e all'interno di queste ultime tra diritti fondamentali e altre esigenze (si pensi al caso citato del mandato di arresto europeo) al quale gli Stati membri non possono far altro che adeguarsi. Ciò è coerente con il fatto che alcune misure si diritto europeo derivato

²⁷⁰ In questo senso si osserva che il margine di apprezzamento -e dunque la discrezionalità nell'applicazione del diritto comunitario da parte degli Stati- è implicito nello strumento della direttiva che si limita a fissare l'obiettivo lasciando agli Stati la scelta degli strumenti attuativi; ciò conferma ulteriormente la connessione tra l'elemento della discrezionalità e i principi di attribuzione e sussidiarietà.

adottate dal legislatore europeo hanno proprio lo scopo di assicurare che il livello di protezione di un dato diritto sia identico in tutti gli Stati, al fine di evitare che le divergenze che possono esistere tra regole diverse presenti nei diversi ordinamenti nazionali possano pregiudicare gli obiettivi perseguiti in una particolare area del diritto sovranazionale. Una tale regola non deve stupire in quanto, a ben riflettere, l'esistenza di misure di armonizzazione in un dato campo non sono altro che il riflesso del consenso esistente in quell'ambito tra gli Stati sia sotto il profilo di vicinanza culturale che politica.²⁷¹

Di contro se non c'è armonizzazione gli Stati possono applicare le proprie norme nazionali, comprese quelle in materia di diritti fondamentali, e dunque anche il proprio standard di tutela a meno che la Carta di Nizza non ne fornisca uno superiore secondo il meccanismo proprio del principio di sussidiarietà.²⁷² L'Unione non ha competenza generale o esclusiva in materia di diritti fondamentali né una tale competenza ce l'hanno gli Stati nonostante la formulazione del l'art. 53.1 della Carta avesse portato alcuni commentatori a ritenere che il concetto di "*rispettivi ambiti*" riferito alle Carte costituzionali nazionali potesse portare a individuare una sorta di competenza esclusiva in materia di diritti fondamentali a loro favore. In realtà ciò che accade è che la materia dei diritti fondamentali è trasversale e pervasiva e la competenza si distribuisce all'interno di ogni ambito del diritto parallelamente alla competenza nazionale o sovranazionale, in questo senso il principio del margine di apprezzamento si rivela strumento operativo del principio di sussidiarietà.

A parere di chi scrive, come vedremo in seguito esaminando il principio di cui all'art. 4.2 TUE, il verificarsi di una tale ipotesi non significa necessariamente che non vi sia alcuno spazio per le istanze costituzionali nazionali e che ogni

²⁷¹ Cfr. sentenza *Melloni*, cit., punto 62.

²⁷² D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *CMLR* (50) 5/2013 p. 1294-5.

accomodamento della diversità sia impossibile, significa però che non sussistendo un margine per le autorità nazionali nella implementazione del diritto europeo occorre che la questione sia rimessa all'organo giurisdizionale e, in particolare, alla Corte di giustizia, la quale opererà all'interno del dialogo tra le Corti al fine di assicurare un opportuno bilanciamento tra istanze sovranazionali e istanze costituzionali nazionali. Visti i vantaggi in essa insiti, la Corte dovrebbe dunque incrementare l'uso della dottrina del margine quale strumento per accomodare le differenze e giungere al bilanciamento tra integrazione e rispetto delle peculiarità nazionali. Questo è particolarmente vero in considerazione della crescente espansione delle aree di competenza tra le quali figurano anche aree più sensibili dal sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali si pensi al mandato d'arresto europeo.²⁷³ Inoltre anche l'aumento del numero dei Paesi membri ha fatto sì che l'Unione non possa più considerarsi oggi un sistema così omogeneo come in passato (ove lo si sia mai considerare omogeneo), maggiori diversità politiche e culturali sono oggi presenti. Incrementare l'uso dei due strumenti può migliorare la situazione creando un livello di gioco tra i 28 Stati e mitigando le difficoltà sperimentate nell'armonizzazione di certe aree del diritto UE.

3 Il principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali.

3.1 La positivizzazione del principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali nei Trattati e le decisioni della Corte di giustizia più significative in materia.

²⁷³ S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in CMLR, 3/2006 p. 657.

Vediamo adesso L'altro strumento che a parere di chi scrive deve essere utilizzato quale valvola di sfogo, necessaria a coordinare unità e diversità al crocevia tra sistema interno e sovranazionale, una volta accertato che ci troviamo nel campo di attuazione del diritto europeo. Si tratta del principio del rispetto delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri che è oggi oggetto di obbligo specifico in ragione dell'art. 4.2 TEU.

Anche in caso di applicazione dei diritti fondamentali europei, dunque, la Corte di giustizia, laddove chiamata a esprimersi, così come le altre istituzioni europee, ha un "dovere di interpretazione pluralistica".²⁷⁴ Tale obbligo comporta, laddove possibile, il contemperamento tra lo standard nazionale di tutela dei diritti fondamentali e le esigenze del diritto europeo e, laddove le condizioni concrete rendano impossibile giungere a un tale risultato, quantomeno la esaustiva spiegazione delle ragioni dell'impedimento.

Quest'ultimo passaggio che potrebbe sembrare formale e poco concludente, assume invece notevole importanza nell'ottica del dialogo tra Corti. Profilo che, è ormai acclarato, riveste -come fatto emergere anche in altri punti del presente lavoro- importanza notevole in quanto, in un sistema liquido come di fatto è quello europeo, rimesso all'interpretazione degli operatori del diritto in generale e dei giudici in particolare, è l'unico che può portare effettivamente a una omogeneizzazione delle prassi e all'avvicinamento dei diversi modi di pensare propri dei giuristi appartenenti ai diversi ordinamenti che compongono l'Unione o, se non a un riavvicinamento, quanto meno a un contemperamento tra i diversi livelli.

²⁷⁴ S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Oxford, 2014, p. 1580 e P. VAN ELSUWEGE, *New Challenges for Pluralist Adjudication after Lisbon: the Protection of Fundamental Rights in a Ius Commune Europaeum*, 2012 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 197.

A ben vedere sin dai Trattati di Maastricht, il TUE reca un obbligo a carico dell'Unione di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri (vecchio 6.3 TUE).

La previsione originaria era alquanto scarna ed era meno evidente il profilo costituzionale in quanto prevedeva semplicemente che *“l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri”* senza però esplicitare quale aspetto di questa identità fosse rilevante.²⁷⁵

Il Trattato di Lisbona ha poi ampliato tale clausola provando anche a chiarirne la portata; la nuova formulazione del TUE rende infatti esplicito in cosa consista l'obbligo del rispetto delle identità costituzionali nazionali, la norma fa oggi espressamente riferimento alla *“identità nazionale insita nella loro [degli Stati membri n.d.r.] struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali”*.

La formulazione dell'attuale art. 4.2 TUE riprende quasi letteralmente quella dell'art. I-5 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Secondo parte della dottrina²⁷⁶ l'inserimento della clausola in esame nel testo del Trattato costituzionale rappresentava il riconoscimento normativo della teoria dei controlimiti in funzione di *“contrappunto”* alla *supremacy clause*, anch'essa espressamente riconosciuta nel testo del naufragato Trattato all'art. I-6.

In pratica, secondo i sostenitori di questa tesi, il combinato disposto delle due previsioni avallerebbe una sorta di *“primato invertito”* in cui la prevalenza del diritto europeo sarebbe costretta ad arrestarsi davanti ai principi supremi degli ordinamenti costituzionali nazionali.²⁷⁷

²⁷⁵ Secondo G. MARTINICO, *The tangled complexity of the EU constitutional process*, cit., p. 124, esiste una sostanziale continuità tra l'art. 6.3 vecchio TUE e l'art. 4.2 nuovo TUE.

²⁷⁶ D.U. GALETTA, *La Union Europea en el marco constitucional de los estados miembros: el caso de Italia*, in *FORO. Revista de ciencias jurídicas y sociales, nueva epoca*, 2013, p. 287 ss

²⁷⁷ M. CARTABIA, *“Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3/2005, p. 87.

La stessa lettura è stata riproposta a proposito dell'art. 4.2 TUE nel testo introdotto dal Trattato di Lisbona. Il fatto che vi sia un espresso riconoscimento del valore delle tradizioni costituzionali nazionali ha portato alcuni²⁷⁸ a ritenere superato il primato assoluto, tale principio infatti dovrebbe oggi, diversamente dal passato, trovare limite nelle disposizioni delle Costituzioni nazionali. Secondo questa parte della dottrina, la tesi troverebbe ulteriore conferma nel fatto che, rispetto al Trattato costituzionale, il nuovo TUE riporterebbe soltanto la clausola di cui all'art. 4.2 e non più quella relativa al primato che adesso troverebbe posto nella dichiarazione 17; questa modifica è stata interpretata come una “derubricazione” del principio del primato a tutto vantaggio del rispetto delle tradizioni costituzionali nazionali;²⁷⁹ ed infatti, posto che la dichiarazione non ha natura vincolante, la lettura sistematica del 4.2 e della predetta dichiarazione comporterebbe non solo che i principi costituzionali si affiancano al primato ma anche che i primi sono anteposti al secondo²⁸⁰ ormai contenuto in una fonte di valore inferiore.

Una tale tesi sembra essere stata accolta anche dal Tribunale costituzionale tedesco che già nella sentenza *Lissabon*, più sopra citata, ha fatto riferimento al 4.2 TUE per giustificare il suo potenziale scrutinio della normativa europea lesiva dell'identità costituzionale tedesca con ciò ritenendo “comunitarizzata” una volta per tutte la teoria dei controlimiti.²⁸¹

Tuttavia guardando alla giurisprudenza europea, dalle primissime applicazioni del 4.2 TUE, si rileva che la Corte di Lussemburgo non sembra interpretare il rispetto

²⁷⁸ A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *CMLR*, 5/2011, p. 1421.

²⁷⁹ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, 2009, p. 81.

²⁸⁰ A. CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Milano, 2009 p. 399

²⁸¹ A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, intervento al convegno del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005

delle identità degli Stati membri come limite esterno e assoluto al processo di integrazione, bensì, nella migliore delle ipotesi, come un limite relativo ossia come un legittimo interesse dello Stato suscettibile di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela.²⁸²

È interessante notare come sino ad ora l'art. 4.2 TUE –quasi sempre sussunto all'interno della deroga relativa all'ordine pubblico ed espressamente prevista dai Trattati–non sembra aver beneficiato di alcun trattamento preferenziale rispetto alle altre giustificazioni in materia di mercato interno.

Vi sono delle decisioni in cui è venuta in rilievo l'identità costituzionale nazionale, e questo anche prima della nuova versione dell'art. 4.2 TUE.

Appare opportuno pertanto riportare le decisioni più significative al fine di capire come il parametro sia stato sinora usato dalla Corte di giustizia e come, invece, potrebbe essere usato al fine di individuare un punto di equilibrio più soddisfacente e condivisibile tra tutela dei diritti ed esigenze dell'integrazione.

Uno dei primi casi interessanti sotto il profilo del rispetto delle identità costituzionali è il caso *Groener*.²⁸³

In questo caso il conflitto si poneva tra la tutela della lingua gaelica e la libertà di circolazione dei lavoratori. In particolare, era accaduto che un insegnante belga lamentasse l'illegittimità della normativa irlandese che richiedeva a tutti coloro che volevano insegnare nelle scuole pubbliche di quello Stato di superare una prova di lingua gaelica, tale norma –secondo l'opinione del ricorrente– costituiva ostacolo ingiustificato alla libertà di circolazione dei lavoratori in violazione del diritto comunitario. Accogliere la prospettazione del ricorrente avrebbe significato sacrificare la tutela delle identità culturali degli Stati membri in nome del rispetto di

²⁸² E. DI SALVATORE, *Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2011, p. 436.

²⁸³ Corte di giustizia, sentenza del 28 novembre 1989, *Groener*, C-379/1987.

una della libertà fondamentali garantite dai Trattati, si trattava, quindi, di un tipico caso di tensione tra unità sovranazionale e salvaguardia delle identità. La Corte rispondeva operando un bilanciamento a favore della identità culturale nazionale poiché -sebbene in genere i diritti protetti dalla Comunità prevalgano su quelli nazionali anche di rango costituzionale- nel caso di specie riteneva che agli insegnanti che intendessero trasferirsi in Irlanda fosse richiesta una conoscenza rudimentale della lingua tradizionale, il che non costituiva un ostacolo insormontabile alla libertà di circolazione dei lavoratori. Si trattava dunque di una misura protettiva della identità nazionale, proporzionata e ragionevole²⁸⁴ rispetto allo scopo e pertanto accettabile.²⁸⁵

Questa decisione degli anni '80 dimostra come il percorso del principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali ha origini risalenti nel sistema europeo e come ben presto sia stato usato per mitigare gli effetti dell'uniformità imposta agli Stati dalle fonti sovranazionali.

Rivelante sotto il profilo in esame è anche un'altra decisione già più sopra richiamata a proposito del meccanismo del margine di apprezzamento, ci si riferisce alla

²⁸⁴ Si nota come la Corte sottoponga la misura in esame a un controllo di proporzionalità anche nel caso in cui a venire in rilievo sia l'identità costituzionale degli Stati, esattamente come fa nei casi sopra esaminati rientranti nel campo applicativo del principio del margine di apprezzamento e, più in generale, ogni qual volta vi sia una misura limitativa di un diritto garantito dall'ordinamento europeo. Proprio ritenendo che la misura non fosse proporzionata, la Corte in una sentenza di poco successiva, (Corte di giustizia, sentenza del 2 luglio 1996, *Commissione c. Lussemburgo*, C-473/93) ha invece ritenuto che *“in un settore come quello dell'insegnamento, l'esclusione dei cittadini degli altri Stati membri dal complesso dei posti di questo settore non può essere giustificata da considerazioni relative alla salvaguardia dell'identità nazionale, poiché questo interesse, la cui tutela è legittima, come riconosciuto dall'art. F, n. 1, del Trattato sull'Unione europea, può utilmente essere salvaguardato con mezzi diversi dall'esclusione generale e i cittadini degli altri Stati membri devono in ogni caso, al pari dei cittadini nazionali, soddisfare tutte le condizioni richieste per l'assunzione, in particolare quelle relative alla formazione, all'esperienza e alle conoscenze linguistiche”*.

²⁸⁵ In un altro caso di poco successivo, e certamente più delicato, la Corte era riuscita invece a non prendere posizione e a defilarsi prima ancora di essere costretta a operare un bilanciamento. Si tratta del caso *Grogan*, Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 1991 C-159/1990, questa volta ad entrare in contrasto erano la libertà di prestazione dei servizi e il diritto alla vita del nascituro tutelato dalla Costituzione irlandese. La Corte riesce ad eludere il conflitto tra diritto interno costituzionale e diritto comunitario sostenendo che, in linea di massima occorre assicurare la prevalenza del diritto comunitario, e tuttavia poiché nel caso di specie l'attività di propaganda non era effettuata dai diretti titolari del diritto comunitario alla libera prestazione dei servizi, la normativa nazionale poteva continuare a ricevere applicazione.

sentenza *Omega* nella quale, come visto, la Corte ha ritenuto legittima la misura restrittiva adottata dalle autorità nazionali dando particolare rilievo a un principio che, sebbene certamente condiviso e parte integrante del patrimonio di valori proprio dell'ordinamento sovranazionale, tuttavia trovava un riconoscimento e una tutela nell'ambito dell'ordinamento tedesco del tutto peculiare e non rinvenibile all'interno degli altri Stati membri; in questo modo la Corte ha dato rilievo al particolarismo dell'ordinamento di uno Stato membro segnando un punto a favore del pluralismo.

Secondo parte della dottrina²⁸⁶ *Omega* segna una svolta nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali in quanto rappresenta un cambiamento, la Corte, infatti, con questa decisione avrebbe mutato le proprie posizioni iniziali giungendo a un ammorbidimento del primato del diritto europeo. I giudici lussemburghesi partono dalla sentenza *Internationale* nella quale, pur riconoscendo il valore delle tradizioni costituzionali comuni, veniva poi affermata la prevalenza del diritto europeo sulle previsioni nazionali anche di rango costituzionale e finiscono per ammettere, in *Omega*, quale eccezione all'applicazione uniforme delle libertà fondamentali un diritto, quale è quello alla dignità umana, espressamente riconosciuto soltanto nello Stato membro interessato dalla decisione.

Anche il caso *Michaniki*²⁸⁷ risulta degno di nota all'interno della nostra breve rassegna, soprattutto in ragione delle riflessioni svolte in quella occasione l'Avvocato Generale a proposito del principio del rispetto della identità costituzionale degli Stati membri, si tratta peraltro di uno dei primi casi in cui si è fatto riferimento esplicito all'allora art. 6.3 del vecchio TUE.

Il caso ha origine dalla riforma costituzionale del 2001 in occasione della quale l'art. 14 della Costituzione greca veniva modificato, in particolare in quella occasione

²⁸⁶ G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, cit., p. 217.

²⁸⁷ Corte di giustizia, sentenza del 16 dicembre 2008, *Michaniki*, C-213/07.

veniva introdotta al paragrafo 9 della Carta costituzionale greca una sorta di presunzione assoluta di generale incompatibilità tra il settore dei media e quello dei contratti pubblici per ragioni di promozione della trasparenza nel settore dei lavori pubblici. La Michaniki AE, esclusa dalla procedura di gara proprio in forza di questa previsione, decideva di impugnare gli atti di gara. Il Consiglio di Stato greco, investito della questione proponeva rinvio pregiudiziale, chiedendo se la norma costituzionale fosse compatibile con la direttiva 93/37/EC in materia di contratti nel settore dei lavori pubblici.

L'Avvocato Generale²⁸⁸ nelle sue conclusioni, come preannunciato, faceva riferimento all'art. 6.3 del vecchio TUE e alla identità costituzionale degli Stati per ricordare che tra le obbligazioni nascenti dall'appartenenza all'UE c'è il rispetto di questa identità nazionale che certamente, in primo luogo, è identità costituzionale.²⁸⁹

Ne consegue che, secondo l'AG, il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri può rappresentare un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario e, *a fortiori*, può essere invocato da uno Stato membro per giustificare la propria valutazione dei

²⁸⁸ Conclusioni dell'Avv. Gen. dell'8 ottobre 2008, *Michaniki*, C-213/07. Si noti che la normativa applicabile è ancora quella del vecchio TUE (cioè il testo risultante a seguito delle modifiche introdotte con il Trattato di Maastricht) ma l'AG conosce sia il Trattato costituzionale sia il Trattato di Lisbona sebbene non ancora entrati in vigore al tempo.

²⁸⁹ *Ibidem* (punto 31): *È ben vero che il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri costituisce un obbligo per l'Unione europea e che siffatto obbligo le è stato imposto sin dall'inizio. Esso infatti rientra nell'essenza stessa del progetto europeo avviato nei primi anni '50, che consiste nel progredire sulla via dell'integrazione pur conservando l'individualità politica degli Stati. Ne è prova il fatto che questo principio è stato enunciato per la prima volta esplicitamente in occasione di una revisione dei Trattati, quando è apparso necessario ai costituenti farne richiamo per consentire i progressi sulla via dell'integrazione prevista. Infatti, l'art. F, n. 1, del trattato di Maastricht, divenuto art. 6, n. 3, del trattato sull'Unione europea, dispone: «L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri». L'identità nazionale comprende chiaramente l'identità costituzionale dello Stato membro. Se ve ne fosse bisogno, ciò è confermato dalla spiegazione degli elementi dell'identità nazionale tentata dall'art. I-5 della Costituzione per l'Europa e dall'art. 4, n. 2, del Trattato sull'Unione, nella stesura del Trattato di Lisbona. Infatti, dal contenuto identico di questi due testi risulta che l'Unione rispetta l'«identità nazionale [degli Stati membri] insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale».*

provvedimenti costituzionali destinati a completare la normativa comunitaria.²⁹⁰

L'AG non mancava però di evidenziare che *“il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri non può essere inteso come deferenza assoluta a tutte le norme costituzionali nazionali. Se così fosse, le Costituzioni nazionali potrebbero diventare uno strumento che consentirebbe agli Stati membri di distaccarsi dal diritto comunitario in determinati ambiti. Ancora, potrebbero derivarne discriminazioni tra Stati membri in funzione del contenuto conferito da ciascuno di essi alle rispettive Costituzioni. Così come il diritto comunitario tiene conto dell'identità costituzionale degli Stati membri, allo stesso modo il diritto costituzionale nazionale deve adattarsi alle esigenze dell'ordinamento giuridico comunitario”*.

L'opinione dell'AG sconfessa chiaramente dunque la tesi proposta dai primi commentatori e da alcune Corti costituzionali in base alla quale la positivizzazione dell'obbligo implicherebbe un limite assoluto al principio del primato.

Infine, un'ultima decisione in ordine cronologico particolarmente utile è la sentenza *Ilonka Sayn-Wittgenstein*,²⁹¹ si tratta della prima decisione in cui la Corte di giustizia fa espresso riferimento all'art. 4.2 TUE dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona.

La questione nasce da un rinvio pregiudiziale del giudice austriaco che chiedeva alla Corte se la libertà di circolazione delle persone, di cui all'art. 21 TFUE, fosse

²⁹⁰ Si noti, però, che l'AG fa riferimento a tale principio ma poi, di fatto, ritiene la normativa interna compatibile con il diritto europeo perché essa si inserisce comunque nello spazio lasciato al legislatore nazionale (punto 33): *“Nel caso di specie, le norme costituzionali nazionali possono essere prese in considerazione in quanto rientrano nella discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento imposto dalla direttiva. L'esercizio della suddetta discrezionalità deve tuttavia rimanere entro i limiti fissati da tale principio e dalla stessa direttiva. La norma costituzionale nazionale è dunque rilevante, nel caso di specie, per individuare il contesto nazionale in cui va applicato il principio di parità di trattamento tra candidati ad un appalto pubblico, per determinare, all'interno di siffatto contesto, quali siano i rischi di conflitto d'interessi e, infine, per valutare l'importanza da attribuire – in seno all'ordinamento giuridico nazionale – alla prevenzione di tali conflitti d'interessi e, dunque, stabilire a quale livello normativo essa debba intervenire.”*

²⁹¹ Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

d'ostacolo al rifiuto, espresso da una normativa nazionale, di riconoscere un cognome attribuito in un altro Stato membro ad un figlio adottivo. Nel caso di specie, si trattava di comprendere se la signora Ilonka Sayn-Wittgenstein, cittadina austriaca residente in Germania, potesse conservare il cognome nella forma "Fürstin von [corrispondente a "*principessa*" n.d.r.] Sayn-Wittgenstein". A tal riguardo, nella causa principale con cui si era chiesto l'annullamento del decreto delle preposte autorità viennesi che avevano rettificato il cognome della cittadina austriaca eliminando le parole "Fürstin von", la ricorrente osservava, tra l'altro, che il fatto che fosse costretta a portare cognomi differenti nei diversi Stati membri in ragione del mancato riconoscimento degli effetti giuridici dell'adozione riguardo al nome costituisse per lei un ostacolo alla libera circolazione delle persone. Di contro, il Governo austriaco si difendeva dicendo che se si fosse proceduto ad una disapplicazione della legge nazionale in questione, ne sarebbe derivata "*una grave violazione dei valori fondamentali sui quali poggia l'ordinamento giuridico austriaco*" in quanto la norma interna oggetto di esame, cioè la legge sull'abolizione della nobiltà, era considerata attuativa del principio di uguaglianza tutelato dall'art. 7 della Costituzione austriaca. Nella sua pronuncia, la Corte dava atto del fatto che detto rifiuto costituiva effettivamente una restrizione delle libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini UE e tuttavia, riteneva di dover verificare se, nel caso di specie, una tale restrizione fosse giustificata. A tal fine essa prendeva in considerazione il limite dell'ordine pubblico e quello dell'identità costituzionale dello Stato membro; in particolare osservava che, stante la storia costituzionale austriaca, la legge sull'abolizione della nobiltà poteva "*in quanto elemento dell'identità nazionale, entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto di libera circolazione delle persone riconosciuto dalle norme*

dell'Unione" (punto 83); i giudici del Lussemburgo aggiungevano però che tale giustificazione di natura costituzionale *"deve essere intesa come richiamo all'ordine pubblico"* (punto 84).²⁹² La Corte evidenziava altresì, come a blindare la decisione, che *"la legge nazionale in esame è volta ad attuare il principio di uguaglianza e che tale principio rientra certamente tra i principi generali del diritto (oltre che espressamente sancito dall'art. 29 della Carta)"* (punto 89).

Anche in questo caso, quindi, così come osservato nella sentenza *Omega*, la Corte pur proclamando *expressis verbis* il rispetto delle identità nazionali²⁹³ -identità che nel caso di specie si ricollegavano alla forma repubblicana dello Stato membro-, faceva tuttavia rientrare la norma nazionale in esame sotto il più sicuro ombrello rappresentato dalla generale deroga dell'ordine pubblico, e ne confermava altresì la compatibilità con l'ordinamento europeo affermando la funzionalità della norma alla tutela del principio di uguaglianza.²⁹⁴

Si tratta dunque della prima decisione in cui una disciplina del tutto peculiare di uno Stato membro viene accettata dalla Corte di giustizia come ragione giustificativa di una restrizione delle libertà di movimento proprie dei cittadini europei in ragione del disposto dell'art. 4.2 TUE.²⁹⁵

²⁹² La Corte a questo punto non manca di ricordare che (punto 86): *"La Corte ha ripetutamente ricordato che la nozione di ordine pubblico, in quanto giustificazione di una deroga ad una libertà fondamentale, deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione europea (v. sentenze 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega, Racc. pag. I-9609, punto 30, e 10 luglio 2008, causa C-33/07, Jipa, Racc. pag. I-5157, punto 23). Ne consegue che l'ordine pubblico può essere invocato soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività (v. sentenza Omega, cit., punto 30 e giurisprudenza ivi citata)."*

²⁹³ punto 92; *"Occorre altresì ricordare che, a norma dell'art. 4, n. 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, nella quale è inclusa anche la forma repubblicana dello Stato."*

²⁹⁴ punto 89: *"L'ordinamento giuridico dell'Unione tende innegabilmente ad assicurare il rispetto del principio di uguaglianza in quanto principio generale del diritto. Tale principio è altresì sancito dall'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali. Pertanto, non vi è dubbio che l'obiettivo di rispettare il principio di uguaglianza è compatibile con il diritto dell'Unione."* Infine sottopone la misura al test di proporzionalità (punti 90-91).

²⁹⁵ L. BESSELINK, *Respecting constitutional identity in the EU*, in CMLR, p. 681.

A tal proposito si osserva infatti che la sentenza in esame si differenzia e segna un ulteriore passo in avanti rispetto alla decisione *Omega*, in quanto il tratto costituzionale che è venuto in rilievo in questa occasione riguarda la natura politica particolare dell'ordinamento austriaco, che è diverso e persino opposto a quello di altri Stati membri i quali riconoscono i titoli nobiliari e danno loro rilievo; nella sentenza *Omega*, invece, la tutela della dignità umana aveva sì un posto e un riconoscimento particolare nel sistema nazionale di riferimento e tuttavia certamente rientrava tra i valori da tutti i Paesi membri condivisi tant'è che in occasione della redazione della Carta di Nizza è stata introdotta una norma del tutto simile a quella espressamente dedicata nella Legge Fondamentale tedesca alla tutela di tale diritto.

Si noti inoltre che, anche in questo caso, così come avvenuto ad esempio nella decisione *Omega*, la Corte inquadra la questione sotto il profilo della giustificazione di una misura restrittiva basata su un'eccezione di ordine pubblico.

Questa lettura della sentenza ha portato parte della dottrina²⁹⁶ a una minimizzazione del profilo costituzionale ritenendo che la questione della identità costituzionale rivestisse solo un ruolo sussidiario in questo giudizio. Altra parte della dottrina²⁹⁷ ha, però, ribattuto che se davvero la Corte avesse voluto guardarla da un punto di vista “tradizionale” ben avrebbe potuto evitare di aggiungere che la normativa costituzionale coinvolta dal caso “*può, in quanto elemento dell'identità nazionale, entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto di libera circolazione delle persone riconosciuto dalle norme dell'Unione*”, in breve la

²⁹⁶ VON BOGDANDY, *Overcoming Absolute Supremacy*, cit. CMLR p. 1424

²⁹⁷ L. BESSELINK, *Respecting constitutional identity*, cit., p. 684 A riprova di quanto detto, l'A. osserva che, significativamente, il riconoscimento che la misura legale austriaca fosse di natura costituzionale tale da esprimere l'identità nazionale dell'Austria come repubblica (lontano dall'essere un argomento sussidiario) è l'unico argomento usato a sostegno della natura proporzionale della proibizione di usare titoli nobiliari (punti 91-92). La Corte sembra accettare che la misura è espressione della identità costituzionale del Paese sulla base del rango formale della legge che la contiene, nonché della interpretazione fornita dalla Corte costituzionale austriaca. Entrambi gli argomenti provengono dall'ordinamento nazionale.

Corte sarebbe pienamente consapevole del fatto che la regola austriaca ha natura costituzionale ed è tale da esprimere la sua identità nazionale ed è altresì consapevole della necessità di chiamare qui in causa l'art. 4.2 TUE.²⁹⁸

3.2 L'impatto in concreto dell'art. 4.2 TUE sulle modalità operative della Corte e i margini di miglioramento possibili

Chiediamoci a questo punto se e in che misura il riferimento al principio di cui all'art. 4.2 TEU abbia avuto un impatto innovativo rispetto alla giurisprudenza precedente della Corte di giustizia in materia di deroghe al diritto sovranazionale ricollegabili alla tutela dei diritti fondamentali nazionali e quali altri effetti la norma in esame potrebbe determinare.

A ben guardare, nonostante gli apprezzabili passi avanti dei giudici di Lussemburgo, la Corte ha esteso alla deroga relativa al rispetto delle identità nazionali i principi che da sempre caratterizzano l'applicazione delle deroghe alle libertà fondamentali.

Una tale osservazione risulta particolarmente evidente se si guarda proprio all'ultima decisione ripotata; in particolare, anche la deroga rappresentata dalla identità costituzionale nazionale deve essere intesa in modo restrittivo (C-208/09 punto 86) e può solo essere invocata in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave

²⁹⁸ *Ibidem* p. 685 Secondo l'A. la sentenza va dunque letta come un pieno riconoscimento del fatto che i diritti di libera circolazione del diritto UE possono essere limitati sulla base di una misura legale che sia espressione della identità insita nelle struttura politica e costituzionale di uno Stato membro. Alla domanda sul perché la Corte faccia riferimento all'argomento tradizionale dell'ordine pubblico piuttosto che basarsi solo sul 4.2, l'A. risponde che siamo ancora all'inizio da parte dell'ordinamento sovranazionale di fonti eteronome limitative del diritto dell'Unione, quali le regole e i principi propri delle identità costituzionali nazionali. Del resto è già un grande passo avanti rispetto all'ostilità nel riconoscimento di fenomeni costituzionali di quaranta anni fa. Il riconoscimento di fenomeni costituzionali nazionali come legalmente rilevanti avrebbe significato l'ammissione di fonti legali "esterne" di cui non c'è un controllo e come tali potenzialmente pericolose una minaccia per il progetto di integrazione europea. Sul punto si vedano le considerazioni svolte nelle pagine successive sulle resistenze della Corte nell'applicazione dell'art. 4.2 TUE e sulle potenzialità della norma.

ad uno degli interessi fondamentali della collettività (C-208/09 punto 86); la sua portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri, ma è soggetta al controllo delle istituzioni dell'Unione (C-208/09 par 86); la restrizione alla libertà deve essere proporzionata all'obiettivo perseguito dalla norma nazionale (C-208/09 punto 81); lo Stato membro che invoca la deroga ha l'onere di dimostrare che gli obiettivi perseguiti non possono essere raggiunti mediante misure meno restrittive delle libertà fondamentali (C-208/09 punto 90), la misura deve essere pertanto sottoposta di volta in volta a un test di proporzionalità.

L'estensione dei principi tradizionali delle deroghe alle misure legate all'identità costituzionale nazionale degli Stati deriva anche dal fatto che nei casi più rilevanti (*Omega* e *Sayn-Wittgenstein*) la Corte di giustizia ha fatto riferimento al principio di cui all'art. 4.2 TUE in combinato con la deroga tipica costituita dall'ordine pubblico di fatto utilizzando la norma nazionale espressiva dell'identità costituzionale dello Stato per riempire la clausola generale prevista dal Trattato e dare significato al concetto ivi previsto di ordine pubblico.

A parere di chi scrive, in realtà, sarebbe opportuno separare i due profili e ciò anche al fine di dare un segnale forte circa il ruolo delle identità costituzionali nazionali all'interno del contesto sovranazionale.

Se prendesse piede questo trend, infatti, la norma in commento non introdurrebbe un insieme di nuove deroghe al diritto dell'Unione ma, verrebbe, invece, utilizzato dalla Corte di giustizia per interpretare le deroghe già esistenti al diritto europeo.²⁹⁹

La dottrina, inoltre, si è interrogata sul perché la Corte si mostri ancora così restia nell'applicazione del principio anche quando decide di farne uso, sembra quasi che

²⁹⁹ N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter*, cit., p. 1097.

applichi il principio in via sussidiaria. È stato risposto³⁰⁰ che probabilmente la causa di un tale atteggiamento risiede nel fatto che si tratta delle prime applicazioni dell'art. 4.2 TUE e quindi siamo all'inizio del riconoscimento dell'identità nazionale come elemento, di fonte pur sempre eteronoma, del bilanciamento con altre disposizioni del diritto europeo. Secondo questa parte della dottrina, se si guarda allo sviluppo del diritto UE alla luce delle relazioni tra ordinamenti costituzionali in Europa, ci si accorge che l'identità politica e costituzionale degli Stati membri è stata il più possibile contenuta nel diritto Europeo. Pertanto, che, ad esempio, la peculiare natura repubblicana di uno Stato sia legalmente rilevante nell'ordinamento UE come limitazione a un diritto europeo non sarebbe stato facilmente accettabile quarant'anni fa, da qui la particolare cautela usata dalla Corte.

Probabilmente la motivazione più convincente risiede nel fatto che la Corte appellandosi a una delle giustificazioni espressamente prevista dal Trattato, *id est* l'ordine pubblico, si sente più sicura ritenendo di operare un bilanciamento tutto interno al diritto europeo in quanto esso interviene tra norme entrambe di fonte europea. Ed infatti, è stato osservato che mentre nel caso in cui eccezione al principio del primato sia costituita da un diritto appartenente alle tradizioni costituzionali comuni la Corte non faccia altro che bilanciare due posizioni appartenenti entrambe al proprio ordinamento, risolvendo quindi la questione in maniera autonoma cioè tutta interna al proprio ordinamento, nel caso in cui invece accoglie quale eccezione al primato un principio non condiviso e quindi estraneo alle norme del diritto UE propriamente inteso essa opera una sorta di rinvio a una norma esterna.³⁰¹

E tuttavia, proprio grazie all'art. 4.2 TUE, l'osservazione sopra riferita perde mordente in quanto anche i diritti fondamentali di matrice costituzionale nazionale

³⁰⁰ L. BESSELINK, *Respecting constitutional identity*, cit., p. 684.

³⁰¹ G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, cit., p. 223.

trovano ora copertura a livello sovranazionale in quanto transitano all'interno dell'ambito UE proprio grazie alla "porta" costituita dalla citata norma; ne deriva che una precauzione come quella costituita dal richiamo all'ordine pubblico e all'art. 30 TFUE non è più necessaria e rischia soltanto di imbrigliare ulteriormente il principio di cui all'art. 4.2 TUE.

A parere di chi scrive, invece, l'art. 4.2 TUE dovrebbe, dunque, trovare applicazione indipendentemente dal ricorrere delle altre cause di giustificazione previste dai Trattati, in modo tale che, sganciato dai vincoli che caratterizzano le altre cause di giustificazione possa esplicare effetto autonomamente e dunque al massimo delle proprie potenzialità. Inoltre, se anche nel caso *Omega* può ritenersi giustificato il riferimento all'ordine pubblico ed è anzi da apprezzare il riferimento (di fatto non necessario)³⁰² alla dignità umana in ragione del fatto che il Trattato di Lisbona non era ancora entrato in vigore, nel caso *Sayn-Wittgenstein* del tutto superfluo e anzi fuorviante si rivela il richiamo all'ordine pubblico.

³⁰² Parte della dottrina M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007 p. 37-40, ha a tal proposito osservato che nella sentenza *Omega*, i giudici di Lussemburgo hanno inquadrato inizialmente la misura all'interno delle limitazioni consentite dal Trattato per motivi di ordine pubblico quale motivo giustificativo di un restrizione. La Corte avrebbe però ben potuto rimanere sul terreno del Trattato, invece, secondo parte della dottrina volutamente e consapevolmente, ha introdotto l'elemento relativo alla tutela dei diritti fondamentali; sarebbe bastato infatti fare riferimento alla sola nozione di ordine pubblico per giustificare la misura lasciando, il principio della tutela della dignità umana confinato tutto all'interno del piano nazionale, invece la Corte, dopo aver richiamato la giurisprudenza comunitaria sulla tutela dei diritti fondamentali, ha voluto ricordare che la tutela di un diritto fondamentale, per di più peculiarmente configurato, può giustificare una limitazione a una delle libertà fondamentali. Si assisterebbe, dunque, a un progressivo ammorbidente del principio del primato e ingentilimento dell'ordinamento sovranazionale. L'A. rimarca come la Corte abbia sviluppato parallelamente, giustapponendoli, i due filoni argomentativi diversi, quello della limitazione delle libertà economiche in ragione dell'ordine pubblico e quello della limitazione legata a esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Il caso avrebbe potuto essere interamente risolto con riferimento al primo filone invece la Corte avvia il secondo cogliendo l'occasione per affermare che la dignità umana è uno dei valori fondamentali anche dell'ordinamento sovranazionale, il coinvolgimento della dignità umana non era indispensabile o comunque non esigeva l'ampio spazio che la Corte le ha voluto dare. Una tale scelta dimostrerebbe la volontà della Corte di raccogliere tutti gli spunti che le permettono di entrare nel terreno dei diritti fondamentali e delle diversità di tutela che caratterizzano i diversi ordinamenti appartenenti all'Unione; secondo attenta dottrina, dietro questa nuova attitudine si intravedono gli effetti discreti, ma significativi, della nuova adozione e del nuovo valore dato alla Carta dei diritti a seguito del Trattato di Lisbona.

In secondo luogo, dalla rassegna emerge, che tutti i casi in cui si è fatto riferimento alla identità costituzionale nazionale avevano ad oggetto normative nazionali caratterizzate da un'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati membri tanto da rendere praticamente superfluo il riferimento al principio del rispetto della identità costituzionale nazionale potendo la Corte giungere al medesimo risultato anche applicando il solo meccanismo del margine di apprezzamento di cui si è discusso nelle pagine precedenti.

La superfluità del riferimento all'art. 4.2 TUE emerge chiaramente ad esempio nel caso *Michaniki* in cui l'AG per riconoscere la legittimità dell'ulteriore causa di esclusione dalla gara stabilita dalla norma greca fa ricorso all'obbligo del rispetto delle identità nazionali mentre la Corte arriva allo stesso risultato *bypassando* il riferimento alle identità costituzionali e limitandosi a ragionare in termini di discrezionalità lasciata allo Stato.³⁰³

In questi casi però l'art. 4.2 TUE non raggiunge la pienezza della propria efficacia in quanto è proprio nel caso in cui ci troviamo nell'ambito di applicazione del diritto europeo e lo Stato membro non ha alcuna discrezionalità e dunque non vi è alcuno spazio per l'applicazione degli standard di tutela nazionali essendo tutto rimesso ai livelli garantiti dalla Carta (e dalla CEDU), che la norma in esame potrebbe esprimere la sua massima utilità.

³⁰³ Alla Corte basta affermare, in fatti, che (punto 55): *“In tale contesto, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 30 delle sue conclusioni, occorre riconoscere a ciascuno Stato membro un certo margine di discrezionalità ai fini dell'adozione di provvedimenti destinati a garantire i principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, i quali, come ricordato al punto 45 della presente sentenza, costituiscono il fondamento delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”*.

Salvo poi non ritenere la misura, pur rispondente a scopi legittimi e meritevoli e non proporzionata in quanto comportante una presunzione assoluta che impedisce all'imprenditore escluso qualunque prova contraria. Secondo L. BESSELINK, *Respecting constitutional identity*, cit., p. 683, il mancato riferimento al 4.2 TUE potrebbe attribuirsi al fatto che la Corte riteneva la disposizione non appartenente al *constitutional core* (e dunque all'identità costituzionale) dell'ordinamento greco e ciò nonostante fosse contenuta nella sua Carta costituzionale.

Alle condizioni descritte, infatti, il conflitto tra diritto costituzionale interno e diritto sovranazionale si rivela in tutta la sua tradizionale asprezza ed è proprio in questo momento che occorre trovare un ulteriore meccanismo la cui applicazione non può che essere affidata agli organi giurisdizionali.

A parere di chi scrive la soluzione anche in questi casi dovrebbe essere affidata a un opportuno e maturo bilanciamento rimesso ai giudici di Lussemburgo da operarsi tenuto conto delle risultanze provenienti dal dialogo tra Corti, non essendo ammissibile una preclusione in questo senso dovuta a una concezione assoluta del principio del primato. Ciò non vuol dire che la Corte sovranazionale debba necessariamente accogliere la prospettazione del giudice interno (costituzionale),³⁰⁴ ma certamente significa che la questione deve essere esaminata alla luce delle indicazioni provenienti dall'ordinamento nazionale dando loro il giusto peso e contemperandole per quanto possibile con le esigenze di effettività ed omogeneità del sistema sovranazionale cui gli Stati si sono volontariamente sottoposti.³⁰⁵

In ogni caso un elemento emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte, è infatti evidente che il pensiero del giudice europeo si discosta dalla prospettiva avanzata dal Tribunale costituzionale federale tedesco che, come detto, pure ha fatto riferimento³⁰⁶ al principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali affermando la sostanziale coincidenza tra il novero di valori o principi supremi o fondamentali dell'ordinamento e l'identità della Costituzione e sostenendo che detto concetto esprimerebbe un limite di carattere assoluto ovvero intangibile rispetto al

³⁰⁴ Sostengono invece la prevalenza automatica delle norme nazionali che sono espressione dell'identità costituzionale dello Stato membro anche davanti a una normativa europea che pone una armonizzazione completa in un determinato ambito senza lasciare alcun margine di manovra alle autorità nazionali A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, cit., p. 1417.

³⁰⁵ Il non aver tenuto affatto conto della prescrizione dell'art. 4.2 TUE nel caso *Melloni*, neppure per escluderne l'applicazione, è, del resto, uno dei principali motivi di rimprovero mossi nei confronti della Corte di giustizia dalla maggior parte della dottrina.

³⁰⁶ Ci si riferisce in particolare alla sentenza *Lissabon* 2009.

processo di integrazione; per il *Bundesverfassungsgericht*, dunque, l'identità costituzionale resta un limite di carattere esterno al processo di integrazione, in base al quale il diritto europeo è tenuto sempre a recedere per il solo fatto che esista una norma costituzionale nazionale espressiva dell'identità del Paese di appartenenza. Si tratta, dunque, della riaffermazione della teoria dei controlimiti questa volta supportata da un dato positivo rintracciabile nel Trattato e dunque ritenuta "europeizzata". Per il giudice sovranazionale, invece, il rispetto della identità costituzionale nazionale tende a configurarsi come un limite di carattere interno al processo di integrazione. Prova ne sia il fatto che i diritti oggetto di tale obbligo diventano elemento del bilanciamento al pari delle norme di fonte sovranazionali in conflitto con le norme interne.

Si ritiene di avallare il ragionamento della Corte di giustizia in quanto la tesi del Tribunale tedesco di fatto ripropone la teoria dei controlimiti con tutti i dubbi di compatibilità che essa porta con sé e che abbiamo esaminato nel Capitolo I, in primis, la concezione separata dei due ordinamenti, e pertanto resta una posizione inconciliabile rispetto ai principi dell'integrazione; la via tracciata dalla Corte di giustizia in quanto coerente con la visione pluralista dell'ordinamento europeo, potrebbe, invece, rappresentare la chiave di volta, insieme al dialogo tra Corti, dei nuovi rapporti tra ordinamenti costituzionali nazionali e ordinamento sovranazionale. È evidente, pertanto, che le due posizioni restano inconciliabili. Ritenere, infatti, che il rispetto dell'identità costituzionale rappresenti un limite di carattere esterno al processo di integrazione, significa anche qualificare detto limite come assoluto e non ammettere, dunque, alcun bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco: tra quanto, cioè, lo Stato membro ritiene di dover idealmente opporre al processo di integrazione e i concreti interessi che, tutelati in sede europea, reclamano soddisfazione dinanzi al

giudice nazionale. Ritenere, invece, che l'identità possa “*entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto di libera circolazione delle persone*” significa considerare detto limite come relativo. L'altra faccia della medaglia consiste chiaramente nella impossibilità per lo Stato membro, in una prospettiva di alterità o di separazione rispetto al processo di integrazione, di procedere unilateralmente al bilanciamento tra il principio o istituto del suo ordinamento giuridico che si concreta in un elemento della sua identità costituzionale e le istanze provenienti dal diritto sovranazionale.

La questione merita una riflessione più attenta e d'ampio respiro. L'art. 4.2 TUE costituisce a detta della più attenta dottrina³⁰⁷ una delle più rilevanti risorse introdotte dal Trattato di Lisbona nell'intento di preservare il difficile e pur sempre precario equilibrio tra uniformità e differenziazione su cui di fatto si fondano le relazioni tra Unione e Stati membri, nell'incessante rinnovarsi di quell'ordine “intercostituzionale” che è proprio dell'Unione.

Per un corretto approccio alla tematica occorre partire dal presupposto oggettivo che tutti i diritti fondamentali sono soggetti a reciproco bilanciamento e il meccanismo non cambia anche laddove i diritti che vengono in rilievo appartengono ad ordinamenti diversi (nazionale e sovranazionale) poiché la valutazione prodromica al bilanciamento va effettuata in un ambito interordinamentale.³⁰⁸

Ciò detto, è innegabile che il primato ed il rispetto delle identità costituzionali degli Stati siano principi che, entrambi, informano di sé l'ordinamento dell'Unione. In forza del primo l'ordinamento sovranazionale, come evidenziato nel Capitolo I, è capace di affermare effettivamente se stesso e riesce ad accrescere l'integrazione con

³⁰⁷ A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema”*, 2013, in www.diritticomparati.it

³⁰⁸ *Ibidem*.

gli ordinamenti nazionali; il secondo, invece, dà voce alla opposta tendenza, pure presente nel sistema europeo, rappresentata dalla vocazione pluralista dell'Unione che non vuole ignorare la matrice composita dalla quale essa ha origine -“*In varietate concordia*-Unità nella diversità” come recita il motto dell'Unione- ma che, al contrario vuole svilupparsi nel rispetto delle diverse identità di ciascuno Stato membro. L'assolutezza del principio del primato per cui il diritto dell'Unione dovrebbe sempre e comunque ricevere uniforme applicazione deve dunque conciliarsi con l'opposto principio, altrettanto degno di riconoscimento, del rispetto delle identità costituzionali degli Stati membri in base a un bilanciamento da compiersi caso per caso.

Solo in questo senso può condividersi la tesi di chi oggi parla di controlimiti europeizzati, nel senso che il principio del primato del diritto dell'Unione non è da considerarsi assoluto bensì bilanciabile con il rispetto dei principi di base dell'ordinamento di ciascuno Stato membro, non si condivide, invece, quella parte del ragionamento in base al quale l'europeizzazione dei controlimiti comporta l'automatico prevalere dei valori nazionali in caso di conflitto. S'impone dunque una lettura a tutto campo dei principi che stanno a base dell'ordinamento dell'Unione, il principio del primato essendo obbligato a fare “sistema” col principio (nazionale e sovranazionale allo stesso tempo) del rispetto delle identità costituzionali degli Stati membri i quali grazie all'art. 4.2 TUE entrano a far parte della sfera dell'ordinamento giuridico sovranazionale. Grazie alla previsione di un obbligo al rispetto dell'identità costituzionale nazionale, dunque, le norme nazionali vengono assorbite, fatte entrare nella sfera dell'ordinamento giuridico sovranazionale, “internalizzate”,³⁰⁹ sparisce il conflitto tra i due ordinamenti (nazionale e

³⁰⁹ D. RITLENG, *De l'utilité du principe de primauté de droit de l'Union*, in *RTD eur.* 4/2014, p. 687

sovrnazionale) per lasciare spazio a una normale concorrenza di regole tutte appartenenti al medesimo sistema, quello sovranazionale.

Si ritiene dunque che l'evoluzione della originaria contrapposizione tra diritto europeo e diritti (costituzionali) nazionali che vedeva contrapporre la teoria del primato assoluto da un lato e quella dei controlimiti dall'altro destinate a non incontrarsi mai poiché figlie di due piani, di due ricostruzioni sistematiche autonome e parallele, dovrebbe oggi trovare una sintesi -questa volta tutta interna all'ordinamento europeo- grazie anche all'art. 4.2 che dovrebbe dare all'interprete la possibilità di volta in volta di dare maggior peso all'una o all'altra delle due opposte esigenze.

Non bisogna infatti dimenticare che la doppia vocazione (tra unità e diversità) non è propria della sola UE ma riguarda anche tutti gli Stati membri i quali, in piena autonomia, hanno deciso di entrare a far parte dell'Unione così vincolandosi a una serie di obblighi senza però rinunciare alla propria identità costituzionale.

Sembra inoltre riduttivo ed essenzialmente inesatto agganciare ai controlimiti l'identità costituzionale o la sovranità dello Stato l'una e l'altra viste nel loro nucleo di valore maggiormente espressivo. I controlimiti sono categoria teorica oltre che praticamente inconsistente e ciò in quanto -con specifico riferimento al nostro ordinamento- l'apertura al diritto avente origine esterna (sovrnazionale) non è altro che uno dei nostri principi fondamentali come tale connotativo in egual misura degli altri della nostra identità fondamentale. Ed allora immaginare che l'art 11 cost. debba piegarsi per definizione davanti agli altri principi fondamentali equivale a introdurre una gerarchia, mentre in realtà è un errore che uno dei due piani -che poi significa uno dei nostri valori- sia recessivo per sistema.

Occorre dunque sempre trovare il bilanciamento tra queste due anime, si tratta in particolare di un bilanciamento tra due norme (una di fonte interna ed una europea) pur sempre appartenenti a un unico sistema. Un bilanciamento a senso unico che veda sempre e comunque l'affermazione di questo (primato) o di quel principio (controlimiti) sarebbe per definizione squilibrato, poiché finirebbe per svilire l'uno o l'altro degli elementi costitutivi della struttura sia dell'Unione che degli Stati membri.

Ciò che ne deve risultare è un sistema a geometria variabile che, nella sua ricchezza, costituisce una risorsa. In quest'ottica parte della dottrina³¹⁰ auspica un bilanciamento da effettuarsi alla luce dei principi di eguaglianza e salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo e forse ancor prima della dignità della persona umana, costantemente proclamati quale "collante" dell'Unione.

Del resto se così non fosse, se avesse ragione quella parte della dottrina che in nome della uniformità e della effettività del diritto europeo³¹¹ ritiene che non vi sia spazio per l'operatività delle norme di diritto nazionale ogni qual volta vi sia una regolamentazione completa che non lascia alcuna discrezionalità alle autorità nazionali, e allora la norma in esame sarebbe una mera proclamazione programmatica con ben poca refluenza pratica nella regolazione dei rapporti tra

³¹⁰ A. RUGGERI, *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali (notarelle a margine delle conclusioni dell'Avv. Gen. Y. Bot su una questione di interpretazione sollevata dal Tribunale costituzionale spagnolo)*, 2012, in www.diritticomparati.it.

³¹¹ F. J. MENA PARRAS, *Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux*, cit., p. 23. L'argomento non è convincente se non altro perché il principio posto dall'art. 4.2 tue è un principio proprio del diritto UE che non può mettere in discussione il principio de primato; a tal fine è sufficiente leggere il primo arresto in cui la Corte fa espressamente riferimento all'obbligo di rispettare l'identità nazionale. Si tratta di *Commissione v. Lussemburgo* (C-473/93 punto 35 e 38) in cui la Corte ritiene che "la salvaguardia dell'identità nazionale degli Stati membri costituisce scopo legittimo rispetto all'ordinamento giuridico comunitario" e tuttavia davanti all'invocazione di una norma costituzionale lussemburghese alla Corte basta richiamare la dottrina *Internationale* per rigettare la misura. Questa giurisprudenza dimostra che l'art. 4.2 TUE non costituisce un *revirement* della giurisprudenza della Corte ma è un obbligo che deve essere preso in considerazione in caso di conflitto che tuttavia non determina una eccezione al primato dell'Unione.

diritto nazionale e sovranazionale bastando già altri principi per raggiungere quegli stessi risultati.

3.3 Le modalità e le condizioni per dare concreta applicazione al principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali.

Sostenere che la Corte debba procedere a un bilanciamento tra le opposte esigenze nei casi in esame non basta, occorre a questo punto capire quali elementi debbano essere presi in considerazione per procedere a questo tipo di operazione nei casi di conflitto tra diritti fondamentali nazionali e diritto europeo.

In primo luogo occorre capire cosa debba intendersi per identità costituzionale -e, quindi, verificare quali norme rientrino in questa nozione- nonché quale sia il giudice preposto a compiere questo genere di controllo.

Stando al dato positivo, il concetto di “identità nazionale” richiamato dall’art. 4.2 TUE fa riferimento ad aspetti religiosi, culturali, linguistici della vita pubblica nella misura in cui tali aspetti si estrinsecano in strutture politiche e costituzionali cioè sono “insiti nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale”.

Tali aspetti dunque si traducono in “identità nazionale” solo se e nella misura in cui essi si traducono in strutture politiche o in regole costituzionali.³¹²

Un esempio di quanto ora detto è ben visibile nel caso Groener in cui si fa applicazione di una norma certamente caratterizzante la natura linguistica e culturale dell’Irlanda, venendo meno la quale viene meno un tratto caratteristico dell’ordinamento nazionale stesso e, in più, appartenente alla Costituzione irlandese.

³¹² L. BESSELINK, *Respecting constitutional identity*, cit., p. 679.

Lo stesso dicasi per il particolare rilievo dato alla nozione di dignità umana da parte della Legge fondamentale tedesca, strettamente legato alla storia del Paese, o ancora alla legge di abolizione dei titoli nobiliari quale espressione della natura repubblicana dello Stato austriaco. In tutti questi casi il principio aveva la doppia caratteristica di essere stato tradotto in una norma costituzionale o paracostituzionale e, in più, di essere espressione dell'identità nazionale dello Stato tanto che violarlo avrebbe voluto dire violare uno degli aspetti che caratterizzano lo Stato membro di volta in volta coinvolto.

Di contro, la necessaria compresenza dei due elementi fa sì che non ogni invocazione del rispetto di una disposizione di fonte costituzionale trovi copertura nella previsione di cui all'art. 4.2 TUE a tal fine occorrendo che la regola nazionale sia altresì espressione dell'identità costituzionale di un Paese. Una lettura restrittiva e rigorosa della condizione di applicabilità dell'art. 4.2 TUE è coerente con l'effetto dirompente che, a parere di chi scrive, esso ha (*rectius* dovrebbe avere) nella regolazione dei rapporti tra sistemi nazionali e sovranazionale.

Quanto, invece, all'organo preposto a stabilire cosa rientri e cosa non rientri nel concetto di identità costituzionale nazionale, si ritiene che esso debba individuarsi nel giudice nazionale, egli è certamente il soggetto più indicato in quanto, nella sua doppia veste, egli è intriso della cultura del proprio ordinamento e, allo stesso tempo, è vincolato al *Simmenthal mandate* cioè a dare applicazione immediata e diretta al diritto europeo così per come statuito per la prima volta nella decisione *Simmenthal*.³¹³ Un tale principio è stato anche confermato nelle sue conclusioni

³¹³ Guardando al problema dal punto di vista delle fonti, piuttosto che delle Corti, ci si era chiesti se la Corte di giustizia dovesse riconoscere come fondamentale qualunque diritto ritenuto tale da una costituzione di uno stato membro. Una risposta affermativa è stata data da H. G. SCHERMERS, *The European Community Bound by Fundamental Human Rights*, CMLR, (27) 1990, p. 252 che osserva che, riprendendo un argomento già sopra richiamato, la comunità nasce da un parziale trasferimento di sovranità e nessuno Stato membro può legiferare in violazione dei diritti protetti dalla propria

relative al caso *Marrosu et Sardino* dall'Avvocato Generale il quale espressamente in quella sede afferma che le autorità nazionali e in particolare i giudici nazionali costituzionali sono i più adatti a definire i confini della nozione di identità costituzionale.³¹⁴

Proprio in applicazione del principio ora detto, nella più volte citata sentenza *Melloni*, nella quale tuttavia la Corte negligenemente non fa alcun riferimento all'obbligo del rispetto dell'identità costituzionale nazionale, in sede di conclusioni dell'Avvocato Generale esclude l'applicabilità dell'art 4.2 TUE in quanto la misura nazionale invocata, per espressa statuizione dello stesso giudice costituzionale nazionale, con costituisce espressione della identità costituzionale nazionale.³¹⁵

Una volta accertato che la norma nazionale che viene in rilievo è posta a garanzia della identità costituzionale di uno Stato membro, a parere di chi scrive, spetta a quel punto solo alla Corte di giustizia, in virtù del suo monopolio sull'interpretazione del

costituzione, pertanto, se l'ordinamento europeo non riconoscesse le posizioni tutelate dalle carte fondamentali nazionali, la ratifica dei Trattati istitutivi comporterebbe l'automatica violazione della propria costituzione e ciò è impossibile. Inoltre, se uno stato membro ritiene così importante un diritto da riconoscerlo nella propria costituzione tale diritto è per ciò stesso parte dell'eredità europea. L'affermazione, che non a caso risale ai primi anni '90, risente ancora di quel clima di assolutismo giuridico proprio del periodo, pertanto guarda al problema da un'ottica ancora troppo nazionale. Se, infatti, si usa un approccio globale alla tematica non può che completarsi il ragionamento ora proposto aggiungendo che il riconoscimento della natura fondamentale di un diritto da parte di uno Stato membro incontra il limite degli obiettivi propri dell'Unione. Sul punto si rinvia a quanto più sopra osservato quando ci siamo occupato del margine di apprezzamento e all'esempio dell'Avvocato Generale proposto in occasione delle Conclusioni del caso *Schmidberger*.

³¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pöiares Maduro, nel caso *Marrosu et Sardino*, C-53/04, punto 40: "*Quale sorte va riservata a tale giustificazione? Indubbiamente, alle autorità nazionali, e in particolare ai giudici costituzionali, deve riconoscersi la responsabilità di definire la natura delle caratteristiche nazionali particolari che possono giustificare tale differenza di trattamento. Esse si trovano difatti nella posizione migliore per definire l'identità costituzionale degli Stati membri che l'Unione europea si è imposto di rispettare. Resta peraltro il fatto che la Corte ha il dovere di verificare che tale valutazione sia conforme ai diritti e agli obiettivi fondamentali di cui essa assicura il rispetto nell'ambito comunitario*".

³¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., punto 141: "*Infatti, non solo la determinazione del significato dell'espressione «contenuto assoluto» del diritto della difesa è dibattuta all'interno dello stesso Tribunal Constitucional, ma anche il Regno di Spagna stesso ha affermato in udienza che, alla luce in particolare delle eccezioni previste nel diritto spagnolo rispetto alla previsione di un nuovo processo a seguito di una sentenza pronunciata in contumacia, la partecipazione dell'accusato al processo a suo carico non rientra nell'identità costituzionale del Regno di Spagna.*"

diritto sovranazionale, stabilire in che misura detti elementi nazionali debbano essere bilanciati con le norme europee confliggenti.

Come attuare in concreto un'analisi così complessa? Lo strumento principe è chiaramente quello del rinvio pregiudiziale; tuttavia perché si possa raggiungere il massimo risultato -e dunque il miglior equilibrio tra opposte esigenze- occorre procedere a un ulteriore passaggio preliminare. In particolare, se il giudice interno ritiene che nel caso sottoposto al suo esame il diritto europeo si ponga in contrasto con una norma nazionale che ha le caratteristiche sopra viste, certamente potrebbe procedere direttamente ad attivare il meccanismo di cui all'art. 267 TFUE, e tuttavia ciò renderebbe il dialogo tra Corti monco poiché escluderebbe dall'esame della fattispecie il contributo dell'interlocutore più qualificato in materia di tutela della Carta costituzionale: il giudice costituzionale. Ecco perché si ritiene che la procedura più efficace consista nel sollevare questione di legittimità costituzionale da parte del giudice interno e, successivamente, nell'ambito del giudizio di costituzionalità dovrebbe essere compito della Corte costituzionale investire della questione la Corte di giustizia corredando così il rinvio pregiudiziale di tutte le riflessioni e le considerazioni necessarie perché il giudice sovranazionale possa operare un bilanciamento soddisfacente tra istanze nazionali ed europee.

Si tratta chiaramente di una serie di passaggi complessi che però si giustifica, innanzitutto, in ragione della eccezionalità dei casi in cui occorrerebbe procedere in questo modo; inoltre, non osta a una tale ricostruzione neppure l'allungamento del tempo necessario a giungere a una decisione finale, in quanto potrebbe farsi ricorso alla procedura pregiudiziale d'urgenza prevista dagli artt. 107 e seguenti del regolamento di procedura della Corte almeno per le materie di cui al titolo V del TFUE, e cioè quelle relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che sono

certamente quelle più delicate.³¹⁶ Un percorso del genere, di contro, presenterebbe non pochi vantaggi, in primo luogo risolverebbe il dilemma del giudice interno sul quale, con particolare riferimento al nostro ordinamento, in caso di conflitti tra diritto europeo e diritto nazionale di fonte costituzionale incombono due obblighi opposti³¹⁷ e cioè, da un lato, quello di dare attuazione al diritto europeo in base al *Simmenthal mandate* e dall'altro quello di dare attuazione alla Costituzione nazionale. Il problema sarebbe ancor più consistente nel caso in cui il diritto tutelato dalla Costituzione e confliggente con una delle disposizioni del diritto europeo fosse altresì tutelato dalla Carta di Nizza; in questi casi, infatti, il giudice a quo potrebbe direttamente *bypassare* la Corte costituzionale e rivolgersi alla Corte di giustizia confinando il conflitto alle sole norme di fonte sovranazionale.³¹⁸

In secondo luogo, un rinvio pregiudiziale preceduto dalla questione di legittimità costituzionale darebbe pienezza ed effettività al dialogo tra le Corti europee e assicurerebbe la qualità dello scambio in ragione del peso e della natura del giudice interno (quello costituzionale) che veicolerebbe la questione pregiudiziale.

Si potrebbe tuttavia omettere una tale procedura ove il giudice costituzionale interno si fosse già pronunciato sulla norma in questione e fosse pertanto sufficiente per il giudice nazionale investito della questione richiamare le statuizioni di quella decisione nell'ambito del rinvio pregiudiziale.

Certamente, perché un tale meccanismo funzioni, è necessario che da parte di tutti gli organi giurisdizionali coinvolti si dia massima attuazione al principio di leale collaborazione contemplato sempre all'interno dell'art. 4 al punto 3 TUE. Si tratta di

³¹⁶ Si aggiunge, inoltre, che già l'art. 267.4 TFUE prevede che "Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile."

³¹⁷ S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, cit., p. 553.

³¹⁸ M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, (*Modern Studies in European Law*), cit., p. 94.

un principio che costituisce premessa necessaria già per la costruzione di un dialogo effettivo tra organi giudiziari.

Inoltre, nella ricostruzione che qui si propone, fa da contraltare al ruolo decisivo riconosciuto alla Corte di giustizia l'obbligo sulla stessa incombente di operare il bilanciamento prendendo realmente in considerazione le argomentazioni e le prospettazioni proposte dal giudice nazionale. A tal proposito si rileva che, come meglio detto nel capitolo precedente, la Corte di giustizia non è certo una Corte dei diritti e tuttavia per la peculiare struttura propria dell'Unione europea, non può prescindere dalla collaborazione dei giudici nazionali per dare effettiva implementazione al diritto europeo; ne consegue che, affinché un meccanismo come quello qui descritto funzioni, la Corte di Lussemburgo debba ascoltare le sollecitazioni provenienti dalle Corti costituzionali nazionali, sia perché i giudici di Lussemburgo hanno bisogno di legittimarsi agli occhi dei loro colleghi appartenenti ai Paesi membri al fine di alimentare un clima di disteso dialogo, sia perché la Corte sovranazionale non ha la maturità né la propensione propria di una Corte costituzionale.

Vediamo a questo punto un ultimo passaggio operativo relativo alle modalità di attuazione del bilanciamento che la Corte di giustizia dovrà operare.

Se consideriamo le decisioni passate in rassegna ci accorgiamo che esse si concludono immancabilmente sottoposendo la misura o la norma nazionale oggetto di esame a un test di proporzionalità. In effetti, a ben guardare, è proprio questa la sede nella quale la Corte opera il bilanciamento tra esigenze nazionali e sovranazionali al fine di dichiarare legittima la misura. Rinviamo a quanto già osservato a questo proposito nel capitolo precedente, occorre qui aggiungere che con specifico riferimento alle cause di giustificazione che trovano la propria radice

nell'identità costituzionale di uno Stato membro la Corte procede in genere a un test di proporzionalità alquanto *soft*. Ciò in particolare si verifica nel caso in cui la decisione della Corte sia stata preceduta da una decisione del giudice costituzionale nazionale.

È quanto si osserva nella sentenza *Sayn-Wittgenstein*³¹⁹ nella quale in cui il solo elemento costituito dal rango costituzionale del divieto dell'uso titoli nobiliari è stato ritenuto di per sé sufficiente a provare la proporzionalità della misura restrittiva della libertà di circolazione.³²⁰

Lo stesso accade nella sentenza *Marrosu e Sardinio* sebbene lì non si faccia espresso riferimento all'identità costituzionale dello Stato membro, in quel caso l'Italia; la decisione riguardava la materia del pubblico impiego e in particolare la deroga prevista art. 36 del d.lgs 165/2001 (Testo unico sul pubblico impiego) che vieta alle pubbliche amministrazioni di stipulare contratti di lavoro a tempo indeterminato nonostante l'utilizzo di più contratti a termine con lo stesso lavoratore nel rapporto di lavoro pubblico e ciò in deroga alla previsione che dispone la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto (art. 5 d.lgs. 368/2001 tipica del settore privato). La Corte ritiene non incompatibile la normativa italiana con l'accordo quadro del 18 marzo 1999 in materia di rapporti di lavoro a tempo determinato anche in ragione di quanto affermato dalla Corte costituzionale italiana nella sua sentenza del 13 marzo 2003 n. 89 che dichiara legittima la differenza esistente tra settore privato e pubblico in ragione del principio dell'accesso alla pubblica amministrazione tramite

³¹⁹ Sentenza SAYN-WITTGENSTEIN, cit., punto 93: "Nel caso di specie, occorre rilevare come non risulti sproporzionato il fatto che uno Stato membro cerchi di realizzare l'obiettivo di preservazione del principio di uguaglianza vietando qualsiasi acquisto, possesso o utilizzo, da parte dei propri cittadini, di titoli nobiliari o di elementi nobiliari capaci di far credere che il soggetto portatore del nome sia titolare di una dignità siffatta. Rifiutando di riconoscere gli elementi nobiliari di un nome quale quello della ricorrente nella causa principale, le autorità austriache competenti in materia di stato civile non sembrano essere andate oltre quanto è necessario per garantire la realizzazione dell'obiettivo costituzionale fondamentale da esse perseguito".

³²⁰ Così, L. BESSELINK, *Respecting constitutional identity*, cit., p. 685.

concorso³²¹, la Corte sovranazionale, accertata la fondatezza della giustificazione, rimette poi il test di proporzionalità caso per caso alle autorità nazionali.³²²

L'uso del test in questi termini da parte della Corte dimostra l'importanza e la peculiarità della natura della giustificazione invocata dallo Stato membro e lascia ben sperare circa la possibilità di un effettivo dialogo tra le Corti, elemento come detto imprescindibile per la composizione dei conflitti interordinamentali in un sistema pluralistico.³²³

³²¹ Sentenza *Marrosu e Sardino*, cit., punto 16: “Il giudice del rinvio sottolinea che la Corte costituzionale ha giudicato, nella sua sentenza 13 marzo 2003, n. 89, che l'art. 36, secondo comma, prima frase, del d. lgs. n. 165/2001 è conforme ai principi costituzionali di uguaglianza e di buon andamento dell'amministrazione, sanciti dagli artt. 3 e 97 della Costituzione italiana. La Corte costituzionale ha considerato che il principio fondamentale secondo cui l'accesso all'impiego negli enti pubblici si effettua mediante concorso, in applicazione dell'art. 97, terzo comma, della Costituzione, rende legittima la differenza di trattamento esistente tra i lavoratori del settore privato e quelli dell'amministrazione pubblica nel caso di accertata illegittimità al momento della conclusione di una successione di contratti a tempo determinato.”

³²² *Ibidem*, punto 51: “Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (sentenza *Adeneler e a.*, cit., punto 94).”

³²³ Si noti però che il fatto che la Corte sottoponga quasi sempre la norma nazionale al test di proporzionalità, per quanto blando, costituisce palese affermazione del suo ruolo di Corte suprema costituzionale dell'europa anche nel caso in cui il diritto europeo sia limitato da una norma costituzionale nazionale, cfr. in questo senso L. BESSELINK, *Respecting constitutional identity*, p. 690.

Conclusioni

A ben guardare, ripercorrendo le pagine di questo studio, si osserva che ogni qual volta vi sia una incertezza interpretativa (si pensi al concetto di “*rispettivo ambito di applicazione*” dell’art. 53 della Carta di Nizza o all’art. 51.1 dello stesso documento quando fa riferimento alla “*attuazione del diritto dell’Unione*”) oppure, al contrario, in senso positivo, vi sia uno spazio lasciato alla interpretazione dei giudici europei (ci si riferisce al margine di apprezzamento e all’obbligo del rispetto delle identità costituzionali nazionali), ebbene in tutti questi casi si finisce sempre per fare riferimento al peculiare riparto di competenze esistente all’interno dell’ordinamento dell’Unione.

In aggiunta a quanto sopra osservato nelle opportune sedi, è qui da dire che stando ai lavori preparatori del Trattato costituzionale l’art. I-5 che, come detto, l’art. 4.2 TUE ha poi pedissequamente ripreso, nasce proprio in risposta alla forza espansiva degli ambiti di competenza attribuiti all’Unione. La citata disposizione, infatti, era stata concepita all’interno del gruppo di lavoro della Convenzione dedicato alle c.d. “competenze complementari” dell’Unione istituito al fine di evitare le interferenze tra “competenze settoriali” e “competenze funzionali” (queste ultime volte ad esempio al consolidamento del mercato interno) della Comunità;³²⁴ ebbene quel che si era osservato è che nelle aree di competenza complementare (quali ad esempio l’istruzione, la cultura o la salute) le interferenze funzionali erano particolarmente evidenti in quanto, in linea di principio, in tali aree l’Unione aveva solo compiti di sostegno e coordinamento delle azioni statali mentre era ad essa vietato adottare

³²⁴ Le prime si riferiscono alle aree e settori di competenza della Comunità, le seconde attribuiscono ad essa poteri finalizzati al perseguimento di determinati scopi non necessariamente collegati a una *policy area*, cfr. per un approfondimento sul punto B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2012, p. 150 ss.

misure di armonizzazione, ciò nonostante, si osservava che spesso le istituzioni finivano per adottare anche in questi ambiti regole piuttosto precise, così ledendo il margine di azione riservato agli Stati membri. La soluzione trovata fu allora quella di recuperare la disposizione sul rispetto delle identità nazionali già presente nel Trattato di Maastricht e di ampliarla al fine di supplire alla mancanza di un catalogo di competenze esclusive degli Stati membri.³²⁵

Quanto detto mette in evidenza come il sistema europeo sia molto distante dal modello federale il quale implica, come tutti gli ordinamenti statali, una unicità di poteri e un monismo giuridico che, a livello europeo, non ha avuto luogo. Né tantomeno sembra che sia questa la direzione verso la quale l'Unione sta andando, anzi la tendenza che si registra sembra al contrario andare verso un sistema all'interno del quale tutti gli Stati conservino la loro identità politica, del resto, come non si è mancato di sottolineare nelle pagine precedenti, è proprio questa la caratteristica dell'ordinamento sovranazionale.

A riprova di quanto detto si pensi, a proposito di tutela dei diritti, all'art. 51.2 della Carta di Nizza³²⁶ che è frutto proprio della preoccupazione degli Stati membri che attraverso questa materia l'Unione potesse espandere le proprie competenze. Ciò che emerge è, dunque, l'intensione degli Stati di "mantenere sotto controllo" il potere dell'Unione e di non perdere le proprie prerogative.

Da qui il sorgere di due ordini di problemi: sotto il profilo, direi, strutturale e sotto quello sostanziale.

³²⁵ Proposta pure avanzata ma respinta in quanto sarebbe sembrato che fosse l'Unione a conferire competenze agli Stati contrariamente a quanto stabilito dal principio cardine dell'Unione di attribuzione delle competenze. Con riferimento poi all'art. 4 TUE si nota che esso è preceduto da un primo paragrafo (inesistente nella formulazione del I-5 del Trattato costituzionale) che esprime il principio di presunzione di competenza in capo agli Stati membri, secondo il quale "*qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri*" (art. 4.1. TUE).

³²⁶ "2. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati."

Per quanto attiene al primo aspetto, sussiste la necessità di un coordinamento dei diversi piani. Ne discende che interpretazione del diritto eurounitario non può avere un solo autore ma al contrario è frutto di un'opera cui tutti gli attori in gioco contribuiscono coordinando le loro rispettive prese di posizione in modo tale che le soluzioni date siano coerenti e in maniera tale che i conflitti tra ordinamenti giuridici siano evitati o quanto meno gestiti.

In questo senso il pluralismo europeo è ben lontano dalla vecchia concezione dualista secondo la quale il diritto internazionale e il diritto interno sono indipendenti e non interagiscono tra loro.

A questo coordinamento abbiamo dato il nome di “dialogo tra le Corti” e tuttavia affinché questa non si riveli una formula “irenica” e incantatoria che non fa altro che mascherare i conflitti, ma al contrario si traduca in uno strumento efficace per gestire gli stessi lo si è interpretato nel senso che, nella materia della tutela dei diritti, in caso di conflitto inconciliabile vi sia un decisore finale, la Corte di giustizia, opportunamente coadiuvata dalle Corti (costituzionali) nazionali.

Una tale ricostruzione certo presuppone una condivisione dell'esercizio della funzione giurisdizionale di salvaguardia dei principi e dei valori costituzionali e non tutte le Corti interne, specie quelle di grado più alto e di tradizione più risalente si sono mostrate propense a mettersi in gioco.

Certo l'apertura può essere favorita dalla stessa Corte di giustizia in quanto il grado di “abbandono” al giudice europeo del controllo è legato anche al grado di fiducia che esso ispira, in questo senso sono da leggere i parametri posti dal Tribunale costituzionale tedesco (che non si è mancato di criticare per altri aspetti) che lascia il controllo di legittimità degli atti in mano al giudice europeo solo se in quelle materie nelle quali il sistema sovranazionale assicuri una tutela equivalente.

La tendenza, però, sembra essere nel senso di una maggiore apertura delle Corti costituzionali, certo è che le occasioni di recente perse dalla Corte di giustizia per dimostrare la propria disponibilità al dialogo non hanno certo favorito la collaborazione e potrebbero a breve far sentire i propri effetti.

Il problema di base è che la prospettiva della Corte sovranazionale e quella delle Corti costituzionali nazionali partono da presupposti molto diversi e tuttavia - nell'attuale quadro- ad entrambe le parti non resta che convivere nel migliore dei modi possibili pena, per la Corte di giustizia, la perdita di legittimazione presso le Corti nazionali e la messa in crisi della loro collaborazione e, per i giudici nazionali, laddove si arroccassero su posizioni oltranziste, l'applicazione della teoria dei controlimiti le cui conseguenze potrebbero essere anche piuttosto drastiche.

Come è noto, inoltre, la Corte di giustizia ha bisogno della costante collaborazione dei giudici nazionali in quanto, di fatto, l'efficacia e l'effettività del sistema europeo è basata in buona parte su regole non scritte affidate al perpetuo rinnovarsi degli accordi tra giudici.

Inoltre, da altro punto di vista, in un momento di crisi come è quello che sta affrontando l'Unione europea, che è in primo luogo crisi di legittimazione del potere, le istituzioni sovranazionali non possono permettersi di perdere altro terreno rispetto sull'opinione pubblica e in tal senso una maggiore apertura della Corte rispetto alla tutela dei diritti fondamentali potrebbe contribuire a ricucire, o quanto meno a non aumentare, lo strappo tra cittadini europei e "progetto Europa".

De iure condendo, altri strumenti sono stati proposti in alternativa al dialogo al fine di conciliare la visione europea e quella nazionale della tutela dei diritti. Una prima

proposta³²⁷ prende in considerazione la creazione di un ulteriore organismo giurisdizionale a livello sovranazionale, una sorta di Consiglio costituzionale, composto da membri delle Corti costituzionali nazionali e presieduto dal Presidente della Corte di giustizia, con il compito di dirimere i conflitti tra quest'ultima e le Corti costituzionali nazionali. Si tratterebbe, però, di un ulteriore organo che andrebbe ad aggiungersi al già abbastanza affollato panorama giurisdizionale europeo; peraltro si tratterebbe di un organismo composto dai rappresentanti dei vari Paesi e dunque non sarebbe molto differente, almeno sotto questo profilo, dall'attuale Corte di giustizia e pertanto, si ritiene, ben poco andrebbe ad aggiungere in termini di legittimazione del proprio operato rispetto a quelle che sono le condizioni nelle quali operano i giudici di Lussemburgo.

Altra proposta³²⁸ riguarda invece l'aspetto procedurale; è stato infatti immaginato un rinvio alla rovescia nel quale sarebbe la Corte di giustizia, investita della questione che vede contrapporsi il rispetto del diritto sovranazionale e la tutela dei diritti fondamentali garantiti da una costituzione nazionale, a rivolgersi alla Corte costituzionale del Paese membro interessato al fine di ottenere una interpretazione della norma nazionale nel contesto europeo. Si tratta a parere di chi scrive di una proposta interessante, non troppo lontana dalla ipotesi proposta a proposito dell'obbligo di rispetto delle identità costituzionali nazionali, in quella sede si è proposto infatti, nei casi più complessi, che il rinvio pregiudiziale dovesse essere veicolato dalla Corte costituzionale nazionale. Tuttavia, la misura del rinvio pregiudiziale "alla rovescia" non solo comporterebbe una modifica dell'attuale procedura, passaggio certo non facile da attuare, ma in ogni caso occorrerebbe capire

³²⁷ J. H. H. WEILER, *The European Union belong its citizens: three immodest proposals*, *ELR* 1997, p. 150, in termini simili D. RITLENG, *De l'utilité du principe de primauté di droit de l'Union*, cit., p. 695.

³²⁸ A. RANDAZZO, *La retorica dei controlimiti riletta alla luce del trattato di Lisbona: un futuro non troppo diverso dal presente?*, in *www.diritti comparati.it*, 2011, nonché S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, cit., p. 540.

se e in che termini la Corte europea sarebbe tenuta a procedere a questo tipo di rinvio. L'innegabile vantaggio di questa proposta, di contro, starebbe nel fatto che, riconoscendo una sorta di competenza esclusiva alle Corti costituzionali nazionali in fatto di tutela dei diritti fondamentali, i due organi giurisdizionali (Corte di giustizia e Corti costituzionali nazionali) potrebbero mantenere le loro caratteristiche e restare entrambe fedeli alla propria natura: la prima resterebbe la Corte Suprema dell'Unione in senso economico, mentre le Corti costituzionali nazionali resterebbero guardiane indiscusse dei diritti fondamentali riconosciuti nelle loro Carte fondamentali.

Sebbene l'aspetto relativo al sistema delle Corti sia importante, altrettanto lo è quello che in questo studio ci ha maggiormente impegnato relativo al profilo sostanziale.

In particolare, come si è cercato di far emergere, in un sistema caratterizzato da centri di potere diffusi, ogni qual volta si presenti un'antinomia, la logica per superarla non può che essere quella del bilanciamento caso per caso e non certo della contrapposizione tra fonti normative e della organizzazione gerarchica delle stesse. Proprio per questo motivo, al fine di prevenire i conflitti, si è ritenuto di mettere a punto meccanismi che, prescindendo da ogni predefinita gerarchia delle fonti, potessero costituire vere e proprie valvole di sfogo del sistema e tali sono stati individuati nella dottrina del margine di apprezzamento e nel principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali.

Si tratta di due strumenti che ben si inseriscono nel *trend* che stanno assumendo, e sempre più dovrebbe assumere, le decisioni della Corte di giustizia in materia di tutela dei diritti fondamentali.

Ed infatti se guardiamo all'evoluzione della giurisprudenza della Corte sul tema, nelle pagine precedenti brevemente ripercorsa, ci accorgiamo che la logica

integratrice delle tradizioni costituzionali comuni, tipica delle prime decisioni in tema di diritti fondamentali, la quale faceva leva sulla esistenza di un patrimonio di valori condiviso e comune a tutti gli Stati membri, è stata via via sostituita dalla logica differenziale legata, invece, alle peculiarità di ciascun ordinamento giuridico nazionale.

Una prima spiegazione potrebbe essere ricercata nel fatto che inizialmente la Corte di giustizia che, lo si ricorda partiva da un rifiuto rispetto alla tematica della tutela dei diritti, avesse avuto bisogno anche in assenza di una base giuridica adeguata per legittimare il proprio sindacato in questo campo e, dall'altro lato, in assenza di un catalogo scritto di diritti non poteva fare altro che costruirne uno che costituisse parametro di legittimità degli atti che era chiamata a valutare; questo percorso ha portato significativamente alle considerazioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl, contenute nelle conclusioni del caso *Omega*, in base alle quali *“tra le pietre angolari su cui l'ordinamento giuridico comunitario si regge rientra senza dubbio il vincolo della Comunità al rispetto dei diritti fondamentali”* e ancora che *“l'immagine che la Comunità ha di se stessa [è quella di una] comunità fondata sul rispetto di tali diritti”*.

Successivamente, però, una volta consolidati sia la posizione dei diritti fondamentali all'interno del sistema sovranazionale sia questo patrimonio comune, è stato possibile compiere un ulteriore passo in avanti, riconoscendo e garantendo i valori costituzionali particolari propri di ciascun ordinamento statale purchè però tali valori fossero coerenti con quella base comune. Si trattava di un passaggio sostanzialmente inevitabile anche in ragione del progressivo allargamento dell'Unione europea dal punto di vista sia delle materie rientranti nei suoi obiettivi, sia del numero degli Stati

membri che risponde certamente a esigenze di garanzia del pluralismo e di promozione dei livelli di tutela dei diritti fondamentali.

Esso, inoltre, avalla la tesi del superamento della dottrina dei controlimiti, fondamentale agli albori dell'ordinamento sovranazionale in quanto ha spinto la Comunità a dotarsi del detto patrimonio di valori e diritti fondamentali che ormai può considerarsi assodato e, tuttavia, adesso non più attuale in quanto disfunzionale rispetto al confronto diretto tra Corti, unica via attraverso la quale le peculiarità dei sistemi nazionali possono essere accolte all'interno dell'ordinamento europeo e possono con esso fare sistema.

Di tutta questa evoluzione si trova traccia anche nelle disposizioni dei Trattati e in particolare negli artt. 6.3 TUE -che afferma il rispetto dei diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri- e il ben noto art. 4.2 TUE -a proposito dell'obbligo del rispetto delle identità costituzionali dei Paesi membri-. Si tratta di due norme che sebbene attengano entrambe ai principi costituzionali statali ne prendono in considerazione i due diversi profili sopra individuati e ai quali l'ordinamento giuridico sovranazionale riconosce pari dignità inserendoli entrambi tra le prime disposizioni del Trattato nella parte relativa alle "disposizioni comuni". Ciò significa non solo che il rispetto dell'identità costituzionale nazionale debba avere oggi un ruolo pari a quello in passato riconosciuto alle tradizioni costituzionali comuni, ma anche che, alla luce di quanto osservato nelle pagine precedenti, per garantire la tenuta dell'ordinamento europeo, anche in ragione del suo allargamento a 28 Paesi, delle ulteriori difficoltà derivanti dalla crisi economica e dall'allargamento degli ambiti di competenza dell'Unione, dovrà concedersi sempre più spazio alla diversità.

Ed infatti, vero è che non esistono gerarchie predeterminate tra le fonti, ma è vero anche che l'apertura costituzionale -oggi sempre più marcata- degli Stati all'ordinamento giuridico sovranazionale non può tradursi nell'abbandono dei valori e degli elementi costitutivi dell'identità costituzionale nazionale. Inoltre, un'evoluzione in questo senso dimostrerebbe anche il nuovo grado di consapevolezza raggiunto dal sistema europeo il quale dimostrerebbe di essere ormai così consolidato da potersi aprire anche alle peculiarità dei singoli Stati senza, tuttavia, perdere di vista gli obiettivi suoi propri.

Proprio ritenendo importante dare il maggior risalto possibile alle peculiarità dei sistemi nazionali si sono elaborati i due strumenti sopra individuati i quali, a parere di chi scrive, permetterebbero di conciliare la tensione tra omogeneità ed effettività dell'Unione e diversità della tutela dei diritti fondamentali nazionali in seno all'Ue; essi infatti permettono di assicurare tutela alle soluzioni particolari trovate dagli Stati nell'ambito di applicazione del diritto europeo preservando la loro diversità.

Sulle dinamiche dei due strumenti si è già detto nelle pagine che precedono, qui, dunque si intende svolgere una ulteriore riflessione su due possibili effetti che, sul lungo periodo, essi potrebbero sortire e che pertanto renderebbero ancor più preziosa la loro applicazione.

Grazie al meccanismo del margine e alla garanzia delle identità costituzionali nazionali quel che in concreto accade è che le peculiarità nazionali (si badi, non in contrasto con il patrimonio di valori comune) entrano all'interno dell'ordinamento sovranazionale e prendono a circolare nei diversi ordinamenti sia grazie alla risonanza che a livello nazionale hanno le decisioni della Corte di giustizia, sia attraverso la via del dialogo tra giudici. Se ciò è vero, applicando le regole del diritto comparato sulla circolazione dei modelli se ne ricava che i valori peculiari di uno

Stato potrebbero fungere da ispirazione in altri ordinamenti; ciò potrebbe portare, alla lunga, a una convergenza dei valori costituzionali tra ordinamenti e, successivamente, a una loro possibile confluenza all'interno del patrimonio comune. Se ciò accadesse la maggiore omogeneità tra gli ordinamenti che ne deriverebbe porterebbe con sé una diminuzione dei conflitti costituzionali di cui ci siamo occupati nel presente studio.

Da altro punto di vista, ulteriore vantaggio sul lungo periodo, questa volta legato al solo principio della tutela delle identità nazionali, potrebbe riguardare le materie oggetto di armonizzazione a livello sovranazionale. Ed infatti, come detto, il principio di cui all'art. 4.2 permetterebbe, a parere di chi scrive, ai giudici lussemburghesi di operare un bilanciamento tra gli interessi costituzionali di un Paese membro e le esigenze di uniformità del diritto europeo anche nel caso in cui la materia oggetto del conflitto fosse interessata da una completa regolamentazione da parte della fonte sovranazionale. Pertanto, gli Stati membri potrebbero essere più propensi ad armonizzare campi, finora esclusi proprio a causa della delicatezza del tema, consci del fatto che, in caso di conflitto, la via del bilanciamento non sarebbe a priori preclusa.

BIBLIOGRAFIA

A. ALEMANN, *À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le marché intérieur - Quelques réflexions à propos des arrêts Schmidberger et Omega*, in *Revue du droit de l'Union Européenne* 4/2004, p. 709 ss

I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Torino*, 5/2010, p. 7 ss

I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015

AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. Maduro, L. Azoulai, Oxford, 2010

M. AVBELJ, *European Court of Justice and the Question of Value Choise. Fundamental Human Rights as an exception to the Freedom of Movement of Good*, Jean Monnet Working Paper 06/04, New York, 2004

M AVBELJ-J. KOMAREK (eds.), *Four Visions of Constitutional Pluralism*, EUI Working Paper, 2008/21

M- AVBELJ, *Supremacy or Primacy of EU Law-(why) does it matter?*, in *ELJ* 6/2011, p. 744 ss

J. BAQUERO CRUZ, in M AVBELJ-J. KOMAREK (eds.), *Four Visions of Constitutional Pluralism*, EUI Working Paper, 2008/21

- A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa nel dialogo tra Corti: “epifanie” di una unione dai tratti ancora indefiniti*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/> 2/2013
- F. BENOIT-ROHMER, *Doits fondamentaux, l’Union Européenne et le droits fondamentaux depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, in *RTD eur*, 1/2011 p. 68.
- L. BESSELINK, *Respecting constitutional identity in the EU*, in *CMLR*, 4/2012, p. 671 ss
- L. BESSELINK, *National and constitutional identity befor and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 3/10, p. 36 ss
- L. BESSELINK, *The ECJ as the European Supreme Court: setting aside citizens’ rights for EU law supremacy*, in *ELRev*, 4/2014, p. 531 ss
- R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001
- R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, in <http://www.rivistaaic.it/nuove-strategie-per-lo-sviluppo-democratico-e-l-integrazione-politica-in-europa-relazione-finale.html> 2014
- B. O. BRYDE, *The ECJ’s Fundamental Rights Jurisprudence-a Milestone in Transnational Constitutionalism*, in AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. MADURO, L. AZOULAI, Oxford, 2010, p. 119
- E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti – primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2016

- L. CAPPUCCIO, *La prima questione pregiudiziale del Tribunal Constitucional*, in *Quaderni costituzionali* 1/12
- M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011.
- M. CARTABIA, *Il processo costituzionale: l'iniziativa. Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *FI* 5, 1997, 222
- M. CARTABIA, "Taking dialogue seriously", *Jean Monnet working paper*, 12/2007
- M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3/2005, p. 87.
- M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007
- A. CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Milano, 2009
- F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parrere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea* 2/2015, p. 243 ss
- M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, (*Modern Studies in European Law*), Hart Publishing, Oxford, 2006
- E. CLOOTS, G. DE BAERE, S. SOTTIAUX (a cura di) *n in the Europea Union*, (a cura di), Oxford 2012
- R. CONTI, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di identificazione dei "confini" tra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte di giustizia 6 marzo 2014, causa C_206/13 Cruciano Siragusa*, in www.giurcost.it.
- J. COPPEL, A. O'NEIL, *The European Court of Justice: taking rights seriously*, in *CMLR*, 29, 1992, 669-692

- L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee*, in P. FAENZA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti in Europa*, Torino 2003, p. 3
- J. N. CUNHA RODRIGUES, *The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, in AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. MADURO, L. AZOULAI, Oxford, 2010, p. 96
- N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *CMLR*, 50/2013, p. 1094
- U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico* 1/2001, p. 33 ss
- G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010.
- M. DE VISSER, *National Constitutional Courts, the Court of Justice and the protection of fundamental rights in a Post-Charter landscape*, in *Human Rights Review*, 1/2014 p. 39 ss
- B. DE WITTE, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, in *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, a cura di A. M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET e J.H.H. WEILER edit. 1998
- E. DI SALVATORE, *Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2011, p. 435 ss
- S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in *CMLR*, 3/2006 p. 650.

- E. DUBOUT, *Le niveau de protection des droit fondamentaux dans l'Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel*, in *Cahiers de droit Européenne*, 49 2/2013, p. 293 ss
- EDITORIAL COMMENTS, *The EU's Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ*, in *CMLR*, (52) n. 1/2015, p. 1 ss
- T. E. EPIMEDIO, *Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali* 2/2013, p. 451 ss
- A. ÈPINEY, *Le champ d'aplication de la Charte des droits fondamentaux: l'arret Fransson et ses implications*, in *Cahiers de droits européenne*, 2/2014, p. 165 ss
- F. FABBRINI, *Fundamental rights in Europe. Challenges and Transformation in Comparative Perspective*, Oxford, 2014
- M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, 2009
- M. FRAGOLA, *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012
- D. U. GALETTA, *La previsione di cui all'art. 3, comma 1, cpv. 1 della legge di revisione del Titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti*, in *Problemi del federalismo*, 2001, 293 ss.
- D. U. GALETTA, *La Union Europea en el marco constitutional de los estados miembros: el caso de Italia*, in *FORO. Revista de ciencias juridicas y sociales*, nueva epoca, 2013, p. 287 ss
- S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2012, p. 533 ss
- R. A. GARCÍA, *The general provisions of the Charter of fundamental rights of the Europea Union*, Jean Monnet Working Paper 4/02.

- M. E. GENNUSA, *Difesa disposizioni nel parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2015 p. 189 ss
- M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il "Political" e il "Popular" Constitutionalism*, in *Quaderni Costituzionali* 2010, p. 733 ss
- B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2012, p. 150 ss
- B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale e il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* consultabile su www.forumcostituzionali.it 2013
- A. GUAZZAROTTI, *Il parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU e la crisi dell'Euro: due facce della stessa medaglia?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2015, p. 192 ss
- E. HANCOX, *The meaning of implementing EU Law under art. 51(1) of the Charter: Akerberg Fransson*, in *CMLR*, n. 50, 2013, p. 1426
- H. CH HOFMANN, *Conflicts and Integration: Revisiting Costa . ENEL and Simmenthal II*, in , in AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. MADURO, L. AZOULAI, Oxford, 2010, p. 60
- M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in www.osservatorioaic.it, ottobre 2013
- H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una teoria pura del diritto (1920)*, trad it a cura di A. Carrino, Milano 1989

N. KRISH, *The Open Architecture of Human Rights Law*, 71 *The Modern Law Review*, 2008

M. KUMM in *Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm*, in AA VV, *The Past and Future of EU Law, the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (a cura di) M. P. MADURO, L. AZOULAI, Oxford, 2010, p. 107

J. LAFFRANQUE, *Who has the last word on the protection of human rights in Europe?*, in *Juridica International Law Review*, 19/2012, p. 117 ss

M. LAGRANGE, *La primauté du droit communautaire sur le droit national*, in *Droit communautaire e droit national, Semane de Bruges* (Bruges, 1965) 22, p. 23-24

K. LENAERTS, *The Eu Charter of fundamental rights: scope of application and methods of interpretation*, in K. Kronenberger, M. T. D'ALESSIO, V. PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union à la croisée des chemins – Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013

J. B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or an inkblot?*, in Jean Monnet Working Paper 4/01

A. LOPEZ CASTILLO, *Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de derechos fundamentales de la UE*, in *Revista de Estudios Politicos*, 2001, p. 43 ss

J. V. LOUIS, *UE après Lisbonne. Le problèmes d'une transition*, in *Cahiers de droit européenne*, 4/2009, p. 631.

M. LUCIANI in *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html#sdfootnote73sym

N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, 56 *The Modern Law Review* 1, 1993, p. 16 ss

M. P. MADURO in *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, pp. 502-537

G. F. MANCINI, D. T. Keelin, *Democracy and the European Court of Justice*, in *CMLR*, 1994, 57, p. 175-187

L. MARIN, *Il mandato di arresto europeo alla prova del dialogo tra Conseil constitutionnel e Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali* 3/2013, p. 656 ss

G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2008

G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Europa*, Roma, 2011.

G. MARTINICO, *The tangled complexity of the EU constitutional process, the frustrating knot of Europe*, Londra, 2013

F. J. MENA PARRAS, *Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux: quelle conciliation à travers la marge nationale d'appréciation et le respect de l'identité constitutionnelle?*, in S. BESSON, N. LEVRAT (eds), *(Dés)ordres juridiques européens*, Bruxelles, 2012, p. 153 ss

P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2015, p. 23 ss

H. W. MICKLITZ, B. DE WITTE, *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012

S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Oxford, 2014 (commento all'art. 53 p. 1523 ss)

- A. T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford, 2009
- I. PERNICE in, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?*, in CMLR, 1999, 703 ss
- P. PESCATORE, *Droit communautaire et droit national. Semaine de Bruges* (Bruges, De Tempel, 1965)
- A. PLIAKOS, *Controle de constitutionnalité e droit UE: reaffirmation du principe de primauté*, in *Cahier de droit européenne*, 3/2010, p. 509 ss
- M.G. PUDER, *Constitutionalizing the European Union. More than a Sense of Direction from Convention on the Future of Europe*, Fordham International Law Journal, 2003, 1562 ss, p. 1583
- H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publisher, 1986
- D. RITLENG, *Le droit au respct de l'identité constitutionnelle nationale*, in J.C. BARBATO, J.D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne? Reflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, 2010, p. 21 ss
- D. RITLENG, *De l'utilité du principe de primauté di droit de l'Union*, in *RTD eur.* 4/2014, p. 674 ss
- L. RIZZA, *Il caso Melloni: la Corte di giustizia risponde con il primato dell'Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie*, in *I quaderni europei, UniCT*, 53/2013
- A RUGGIERI, *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 102-120

- A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, intervento al convegno del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005
- A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2010 p. 871 ss
- A. RUGGERI, *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali (notarelle a margine delle conclusioni dell'Avv. Gen. Y. Bot su una questione di interpretazione sollevata dal Tribunale costituzionale spagnolo)*, 2012, in www.diritticomparati.it
- A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, 2013, in www.diritticomparati.it
- D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *CMLR* (50) 5/2013 p. 1267 ss
- G. SCACCIA, *"Rottamare" la teoria dei controlimiti?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2013, p. 141 ss
- H. SCHEPEL, *Constitutionalising the market, marketising the Constitution, and to tell the difference: on the horizontal application of the free movement provision in EU Law*, in *ELJ* 2/2012, p. 177 ss
- H. G. SCHERMERS, *The European Community Bound by Fundamental Human Rights*, *CMLR*, (27) 1990, p. 252
- T. SCHILLING, *The Autonomy of the Community Legal Order-An Analysis of Possible Foundation*, *Harvard International Law Journal*, 37, 1996, p. 390
- E. SCODITTI, *La costituzione senza popolo*, Bari, 2001

- E. SPAVENTA, *Federalisation versus Centralisation: tensions in fundamental rights discourse in the EU* in M. Dougan and S. Currie (eds.), *50 Years of the European Treaties. Looking back and thinking forward*, Cambridge, 2009, p. 343 ss
- E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty- Constitution by Judicial Fiat in the European Economic Community*, Riv. Dir. int., 1965, 3, p. 22
- A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali assoluti nella giurisprudenza comunitario*, in Riv. di dir. internaz, 3/2006 P. 644 ss
- L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in Le Regioni, 6/2001 p. 1207
- T. TRIDIMAS, *The general principle of EU Law*, Oxford, 2007
- L. UCCELLO BARRETTA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/> 2013
- P. VAN ELSUWEGE, *New Challenges for Pluralist Adjudication after Lisbon: the Protection of Fundamental Rights in a Ius COMmune Europaeum*, Netherlands, 2012
- F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in Quaderni costituzionali, 2/2013, p. 454.
- F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto europeo e "controlimiti": la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, su www.dirittopenalocontemporaneo.it 2013
- L. VIOLINI, *I precari equilibri di un sistema giudiziario multilivello: i confini tra potere giudiziario nazionale e giudici europei in Germania*, in N. ZANON, V. ONIDA (a cura di), *Le Corti e l'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006
- A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in CMLR, (48) 5/2011, p. 1417 ss

J. H. H. WEILER, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N. A. NEUWAHL e A. ROSAS, *The European Union and Human Rights*, 1995, p. 51 ss.

J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999

J. H. H. WEILER e N. J. S. LOCKART, in risposta a O'Neil e Coppel, nel loro articolo "Taking rights seriously" seriously: the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, in *CMLR*, 32, 1995, p. 579-627

J. WOUTERS, *National Constitutions and the European Union, 1 Legal Issues of economic integration* 25 (2000).